ملك الأرض بدون مقابل مالي

في الشريعة الإسلامية

رسالة جامعية مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون
للحصول على درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية

إعداد
الشافعي عبد الرحمن السيد
إشراف
الأستاذ الشيخ سليمان رمضان

جامعة الأزهر
١٣٩٢هـ ١٩٧٢م

تمهيـــد :

الحمد للـه الذى خلق الانسان وأسبغ عليـه نعمه ظاهرة وباطنـة . وسخولـه مافى السموات ومافى الارض جميعا منـه . ليكون الخليفة عنه فى أرضـه يعمرها تنفيـذا لمشيئتـه .

والصلاة - والسلام على سيدنا ونبينا محمد بن عبدالله بعثه ربـه لهداية الانسانيـة . بعد طول ضلال - وبعثها من نومها بعد طول رقاد . فجاءها بما يصلح دينها ودنياها - ويسعد أولاها وأخراها ويرسم لها منهج الحياة الامنة المطمئنـــة :

أما بعد : فان الناظر فى عالمنا فى الماضى والحاضر يجد أن هناك فكرتين تحركان الصراع الدائر على استداده كله : وعنهما ينشأ التطاحن بين الأمـــم والتناحـر بيـن الشعـوب :

أ - الفكـرة الأولى : هى الفكـرة الفرديـه :

ومضمون هذه الفكرة - ومحورها الذى تدور من حوله هو الفرد فمصلحته فوق مصلحة - ورغباته مقدمة على كل رغبـة - فالمجتمع من أجل الفـــرد - وليس الفرد من أجل المجتمع - ومن مظاهر هذه الفكرة - اطلاق حرية الفرد - الى حد الافـراط - فى التملك والعمل - والانتاج - وليس للدولة الا حـــق التنسيق بين القوى المختلفه وجعلها متآلفـة غير متعارضـه فحقها لا يعدو المراقبه لهذه القوى - وحمايه بعضها من بعض بالاسباب القانونية : أما فيما عدا ذلك فكل فرد حـر فى أن يمارس نشاطه بالطريقة التى يراها كفيلة بتحقيق رغباتـــــه وأهدافـــه :

فمثلا حين وجد بعض عمال المؤسسات - والشركات فى بريطانيا أن الأجور التى يتقاضونها غير مجزية فى نظرهم قاموا على الفور بالاضراب عن العمل - بالرغم من أن هذا الاضراب قد أصاب الامة كلها بالشلل التام . والخسارة الجسيمة كما حدث ذلك حين أضرب عمال مناجم الفحم فى أوائل عام ١٩٧٢ فبالرغم من هذا

لايوجد قانون يجبر هؤلاء العمال على استئناف عملهم انطلاقا من الفكرة الفردية — التي تقدس الفرد وتجعل مصلحته فى المقام الأول حين يكون هناك تعارض بين هذه المصلحة — وبين مصلحة الأمة :

— وهذه الفكرة هى السائدة فى غرب أوربا — وبعض بلاد العالم — وهى تسمى — الرأسماليه .

ب — <u>الفكرة الثانية</u> : <u>هى الفكرة الجماعية</u> :

وهذه الفكرة تقوم على تقديم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد وجعلها فى المقام الاول عند التعارض فلا حرية للفرد الا بقدر مايسمح به المجتمع — ولاملكيه للفرد الا فى حدود الأشياء الملاصقه للأنسان كالملبس والمسكن — وهذا وجد أخيرا — وما يتعلق بضروريات حياته فالفرد فى هذا المجتمع بمثابة الترس فى الآلة تدفعه بطاقتها يتجه فى الاتجاه الذى تحدده له . من غير أن يملك اعتراضا على ذلك أوعدم اجابة له — والمجتمع على هذا هو الوحده التى تمد الفرد بكل ينابيع الحياة : ويحدد له كل اتجاه .

ولقد أثمر النوع الاول المبنى على الفكرة الفرديه : طبقية مخيفة أتاحت الفرصة لكى يتحكم الانسان فى أخيه الانسان فيمنعه قوته ويتحكم فى مقدراته .

وأثمر النوع الثانى : المبنى على الفكرة الجماعيه كبتا لطاقات الأنسان ووضعت الاغلال فى عنقه — والقيود على حريته وتولدت عنها مميزات طبقية تنحصر فى المنتمين للحوب فلهم وحدهم الحظوة ولهم دون غيرهم كافة أسباب الهدوء والرخاء .

وفيما بين هذا الافراط . والتفريط تولدت أفكار أخرى : تسمى بالاشتراكيه وهذه الأفكار تختلف فيما بينها — فمنها ما هو قريب من الفكرة الفردية ومنها ما هو قريب من الفكرة الجماعيه .

والمقياس الضابط لهذا القرب والبعد — هو تاميم وسائل الانتاج فبمقدار ما يقوم به نظام من النظم أو فكرة من الأفكار من تاميم لهذه الوسائل — يكون قربه أوبعده من الفكرتين الرئيسيتين .

وقد يحدد مسار هذه الفكرة أو تلك نوع الثقافة ودرجة الاقتناع والتشبع التى يتمتع بها القائمون على اعتناق الفكرة والداعون اليها – وقد يسهم فى ذلك أيضا بشكل فعال – الاوضاع الاجتماعيه والسياسية والدينية فهذه العوامل مجتمعة هى التى تخرج الفكرة أو المذهب الاجتماعى فى شكل من الأشكال الخاصة التى تكون ملامحه وتحدد غايته .

ونحن لا ننكر التقدم المادى والتطبيقى الذى واكب هذه النظم ولكنها بالرغم من ذلك فانها تعانى من القلق النفسى والأضطراب الفكرى والتذبذب العقائدى وتفقد كل يوم قدرا من طمأنينتها وهدوئها حتى بدا هذا التقدم المادى وكأنه عبء يثقل كاهل أصحابه بل انه لكذلك حقا فلا قيمة لتقدم يعنى بالشكل ويهمل المضمون أو يحتفى بالظاهر ويغض الطرف عن الحقيقه أويركب ظهر المادة ويدوس تحت قدمه مطالب الوجدان والروح .

فى وسط هذا الضباب الكثيف والرؤية المضطربة غير الواضحة للمستقبل : وبين أمواج القلق المتلاطم الذى يهز العالم كله بعنف وسط هذا كله أين يقف التشريع الاسلامى – وما هو حكمه فى هذه القضية ؟ وما هى كلمته ؟ .. وهل هو ذا نزعة فرديه – أو نزعة اجتماعية أو هو مزيج منهما ؟

الحق الذى ينطق به الانصاف والصواب الذى يعتبر ماعداه خطأ فاضح – هو أن الأسلام لم يكن لا غربيا حتى يقال انه رأسمالى – وليس شرقيا حتى يقال انه شيوعى أو اشتراكى – وليس مزيجا منهما . ولكنه نسيج وحده فريد فى نظامه فهو دين الأعتدال والتوسط فى كل أمر من الأمور . فقد عمل على كفاية حاجات الجسد . ولبى مطالب الروح واحترم أشواقها ، ومد العقل بنور الفكر وشعاع المعرفة ومهد السبيل أمام العواطف حتى تجد متنفسها القويم من غير أن تجنح أو تضل ؛ مزيج من العادة والعبادة والتساق بين العقيدة والشريعة يشير الى ذلك قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعه فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون . فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله . واذكروا الله

كثيرا لعلكم تفلحون " وقوله تعالى(٢) " هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور " شعاره الدائم الذى يجب أن يكون حاضرا فى كل وقت وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا (٣) " وقد بنى الاسلام نظمه كلها على أساس صلة الانسان بخالقه فيد الله فوق كل يد وعين الله على كل تصرف ورحمته تتسع جوانبها لكل محسن ، وعقابه ينتظر كل مسئ ، وعفوه ومغفرته مبسوطان لكل تائب أواب .

فاذا نظرنا الى سياسة الاسلام تجاه المال نجد أنه نماه على نحو ايعز على أى نظام أن يدانيه فضلا عن أن يساويه ، فهو يقر الملكية الفردية ويبسط عليها حمايته التى تهيئ لها جو الحرية الذى يساعد على اطلاق قواها الخلاقة وطاقتها المبدعه . فحرم السرقة والغصب ، وقطع الطريق والغش ، وبخس الكيل والميزان ، وما الى ذلك من كل ما يعتبر اعتداء عليها أو خدشا لكرامتها وأرصد لهذا كله العقاب الدنيوى والاخروى — ومن حق هذه الملكية أن تعيش فى هذا المناخ الطيب ما بقيت مبدعة خلاقة يعرف فيها صاحبها حق السائل والمحروم ويستشعر رقابة الله عليه ويحس هيمنته عليه .

فأما حين تجف ينابيع الرحمة من القلب ويغدو صاحبها ينصرف من منطق أنطعم من لو يشاء الله أطعمه ، وانما أوتيته على علم عندى ، ويسلك مسلك التهرب من دفع هذا الحق على نحو ما فهم ورثة الجنة عن أبيهم . وغدوا على حرد قادرين ، هنا يأتى حق المجتمع فى التدخل لحماية اللبنات الأساسية فى بنائه الأقتصادى حتى لا يصاب بالشلل ، وتفسد الحياة يقرر هذا الحق ، قوله تعالى " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف (٤) " وكذلك حينما تكون هذه الملكية

....

(١) سورة الجمعة الاية ٩ — ١٠ (٢) سورة الملك الايه ١٥

(٣) سورة البقرة الايه ١٤٣ (٤) سورة النساء الايه ٦

أداة ضرر للآخرين ووسيلة اعتداء وحب للذات فان الاسلام يرفض استمرارهـا ولا يتركها فى يد أصحابها ، ولذا فحينما كان لسمرة بن جندب نخلا فى حائط لأحد الانصار، وكان الانصارى يتأذى بدخول سمرة علية حائطه شكى الرجل للرسول صلى الله عليه وسلم، فعرض عليه الرسول أن يهبها له بمثلها فى الجنة فأبى فعرض عليه أن يبيعها فأبى فعرض عليه أن يقلع نخله فأبى فقال له أنت مضار ثم قال للأنصارى اذهب فاقلع نخله . ولذا خسف بقارون وماله وأبيدت ثمار أصحاب الجنة: ثم يبين الاسلام مصادر هذه الملكية حيث حصرها فى الوسائل المشروعه كالبيع - والشفعه واحياء الموات ، والهبة ، والوصية والميراث، وكلها مصادر توحى بأنها ملكيه بانيه معمرة تنم عن الحب والتعاطف

(اقرار الملكيه الجماعية)

وكما أقر الاسلام الملكية الفردية فقد أقر كذلك الملكية الجماعية وهى ملكية تكون لمجموع الامة كلها .

وهذه الملكية وان كانت ذات مظهر جماعى فى أصلها وآثارها ، الا أنها ذات صبغة فردية ، غايتها الأخذ بيد الفرد نحو الحياة الحرة الكريمة ، ومن أجل تحقيق هذا الهدف فقد انقسمت هذه الملكيه الى قسمين :

(أ) قسم مملوك للدولة لها عليه حق التصرف الكامل ، وللامام أن يتصرف فيه تصرف الملاك فى أملاكهم بالبيع ، والاقطاع ، والهبه وغيرها فى حدود ما أمر الله به ومانهى عنه ، ويتحقق ذلك فى الارض الصحراوية والموات والصفى ، على ما سيأتى بيانه فى موضعه ان شاء الله .

(ب) وقسم مملوك للجماعة الاسلامية وللدولة عليه سلطان لكنه مقيد فليس للامام أن يبيعه أو يهبه أو يقطعه على ما سيأتى بيانه ، ويتحقق ذلك فى الأرض الموقوفة سواء أكانت أرضا فتحت عنوة وصارت موقوفة بالفتح ، أو وقفها الامام ، على ما سيأتى بيانه كذلك ، أو ما كانت ملكا خاصا وقام صاحبها باخراجها عن ملكه الى خالص ملك الله تعالى كما فى المساجد والمقابر وما اليهـا .

فهذه الملكية تهدف الى تحقيق صلاح الفرد وتطهير نفسه وصيانة كرامته كما فى المساجد والمقابر ، أوتيسر لـه حياة عزيزة كريمة يصله منها مايستحق دون أن يراق ماء وجهـه وذلك كما فى الارض المفتوحه عنوة حين تكون موردا دائما للموجودين ، ولمن يأتون من بعد ، وكما فى الارض الموقوفة على الفقراء أوعلى جهة عامة ، وكما فى الحمى حيث يجد الامام أن من واجبه أن يوفر المراعى الدائمة لخيل الجهاد ، وابل الصدقه وماشية الذين لايستطيعون الانتجاع ، والابعاد فى طلب المرعى ، وهذا تحقيقا للعدل ، ونشرا للمساواة حتى يجد كل انسان كفايته من غير أن يكون ضعفه أو عجزه سببا فى حرمانه من حقوق تتوفر للأقوياء والقادريـن .

سبب اختيـــار الموضوع

واسهاما فى ابراز الصورة الاسلامية المشرقه التى يتميز بها التشريع الاسلامى فقد اخترت موضوع رسالتى ليكون (مصادر تملك الارض بدون مقابل مالى ، فى الشريعة الاسلاميـة) . وقد تأكد هذا الاختيار بالاسباب الاتيـه :

(١) تبدو فى الأفق نهضه علميه تهدف الى ايجاد أسلوب عصرى يعبر عن المذهب الاقتصادى الاسلامى وعمل دءوب متواصل نحو بلورة الفكر الاسلامى فى هذا المجال .

(٢) أن مصادر التملك بوجه عام لم يوجد فيما علمت من كتبها كتابة فقهية متخصصه تسهم فى ابراز معالم الفكرة الاسلاميه نحو الملكية . وانما الذى كتب فيهـا لايعدو أن يكون تناولا ، جانبيا عارضا فى سياق عمل عام ، أو محاضرات لتلقى فى مناسبات ثقافية تتسم بالشمول غير المتعمق على نحو ماهو معروف من ضرورة الالمام بجوانب مختلفة لموضوع واسع فى زمن محـدود .

(٣) الاسهام بقدر الطاقة فى ابراز البديل الفذ والفريد لهذه المذاهب المتطفله التى تدق بعنف أبواب العالم الاسلامى ، وهى على وشك أن تعم ساحاتـه كلها بعد أن غلبت على بعض نواحيه .

(٤) قطع الطريق على هؤلاء الذين يحلولهم أن يصفوا الاسلام بأنـه دين اشتراكى عندما تستدعى الظروف السياسية اطلاق مثل هذا القول ثم وصفه فى حـين

آخر وفى ظرف آخر بأنه دين رأسمالى حين يقتضى الامر ذلك ، والحق أنه ليس هذا ولا ذاك ، وان اتفق كل منهما معه فى بعض الحلول لبعض المشاكل .

(٥) أن تتوفر هذه الدراسة المتخصصة وليكن هذا البحث بمثابة استنهاض للهمم وشحذ للعزائم حتى اذا ماجد الجد ، وصدقت النوايا فى بناء المذهب الاقتصادى الاسلامى كانت اللبنات حاضرة والمادة التى سيشيد بها موجودة حتى اذا وجد بنيانا متكاملا وطئ بقدميه تلك التشنجات الفكرية والشطحات الشخصية ، التى طمست صفاء الفطرة ، وغيرت معالم الفكر القويم .

وبذلك تعود الفطرة الله التى فطر الناس عليها لاتبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لايعلمون: تلك هى الاسباب التى دعتنى لاختيار هذا الموضوع ، وانى لأرجو الله العلى القدير أن يرزقنى السداد وأن يلهمنى الرشاد فهو نعم المولى ونعم النصير .

طريقة البحث

ولقد التزمت فى كتابة هذه الرسالة المبادئ الاساسية الاتية :

(١) أننى تجنبت الكتابة عن جميع مصادر التملك فهذا مالايستطيعه فرد على الأقل فى عمل فى رسالة دفعة واحدة بل قصرت موضوعى على مصادر تملك الارض بدون مقابل مالى وأرجأت الكلام على مصدر التملك بمقابل مالى ، وهى البيع بما يتفرع عنه كالسلم ، والربا ، والشفعة ، والمقايضة ومادلى ذلك على أن أحاول اتمام هذا العمل ان شاء الله تعالى بعد أن أخلص من الجزء الاول ، ثم قصرت الكلام على تملك الارض باعتبارها أهم مايطلب تملكه ، وعليها اقتتال الامم والشعوب هذا من ناحية ، ... ومن ناحية أخرى حتى يكون الموضوع أكثر تحديدا وأضيق دائرة .

(٢) وقد قصرت دائرة بحثي في هذه المصادر على المذاهب الأربعة المعتبرة ، وهي المذهب الحنفي ، والمذهب المالكي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي ، وأضمت اليهم مذهب الظاهرية في كثير من الأحيان وقد اعتمدت في بحثي على الكتب المعتمده لهذه المذاهب ، وكان حرص بالغا على أن أنقل الرأى من مرجعه المعتبر لدى أصحاب هذا الرأى ، وأن أنبه بالهامش دائما ، وباستمرار هذا بالأضافه الى جميع المراجع التي تتصل بالموضوع .

(٣) وقد تناولت من كل باب دخل في هذا الموضوع المسائل التي تتصل بموضوع الرسالة متجنبا الدخول فيما عدا ذلك من مسائل حتى لاتفقد الرسالة أخص ما تتميز به ، وهو موضوعها .

(٤) وقد سقت في كل مسألة تتصل بموضوع البحث الأراء المعتبره فيها لدى كل فريق ثم دعمته بماساقه أصحابه من أدلة عليه ، واذا وجدت أدلة أخرى يمكن أن تقوى هذا الرأى أو ذاك ذكرتها ، ثم ناقشته هذه الأدلة وأوردت مايكن رده ، ثم أرجح مايقود في الدليل الى ترجيحه بصرف النظر عن أى تحيز لمذهب معين أو اتباع لاستحسان شخصي أو هوى فكرى ، وربما أدى ذلك الى ترجيح قول لم يقل به جمهور العلماء من غير أن أجد في ذلك حرجا أو ما نعا ، بعد أن أبذل طاقتي وأفرغ جهدى مع حسن القصد وسلامة الغرض .

(٥) وأخيرا فقد راعيت عند الكتابة أن تتسم العبارة بالسهولة وجودة الاعراب عن المعنى المراد اعطاؤه للقارئ ما وسعني الجهد وبالقدر الذى رشحتني له مقدرتي على ذلك من غير أن يؤثر ذلك على عمق البحث وتأصيل الرأى . والله أسأل أن يوفقني الى ما فيه الخير وأن ... يلهمني الرشاد والسداد . فهو نعم المولى ونعم النصير .

خطـــه البحـــث

وقد قسمت الموضـوع – الى مقدمـه – وبابـين – وخاتمـــه :

أولا : المقدمـة : وتشتمل على المباحث الاتيـــه :

١ – تعريف الملك – فى اللغة – وفى اصطلاح الفقهـاء .

٢ – لمحة موجـزة عن الملكيـة لدى الامم المختلفـة .

٣ – المالك للأرض – ولغيرها هو اللـه تعالى .

٤ – الملكيـه فى الاســلام .

٥ – أقســام الملكيـــه .

٦ – مصــادر التمــلك .

ثانيـا : البـاب الأول مصـادر الملكيـه العامـه – وفيـه فصـول :

الفصل الاول : الأستيلاء على الأرض بالفتح العسكرى : وهذا الفصــــل يشتمل على المباحث الاتيـــه :

المبحث الاول : الجهاد فى الاسلام وفيـه مطالـب :

أ – المطلب الاول : فى حاجة الحق الى قوة تحميـه .

ب – المطلب الثانى : فى الاســلام – والسيـــف .

جـ – المطلب الثالث : لا اكـراه فى الديـــن .

د – المطلب الرابع : تحقيق الباعـث على القتـال .

هـ – المطلب الخامس : فرض الجزية لا يشكل اكراها على الدخول فــى الديـن .

و – المطلب السادس : قتل المرتد لا يشكل اكراها على البقاء فى الديـــن .

ز – المطلب السابع : التطبيق العملى فى صدر الاسلام لـم ينطو على اكـراه أحـد .

المبحث الثاني : هل يصلح الاستيلاء بالفتح أن يكون مصدرا للتملك ؟ وفيه مطلبـان :

المقـــــــدمـــــــة

أولا : تعريـف الملك فى اللغـــة :

يقال ملكـه ملكا (مثلث الميم) احتواه قادرا عليـه[١] .

والملكية مصدر صناعى صيغ من الماده منسوبا الى المصدر وهو يدل على معنى الاستئثار والاستبداد بما يتعلق بـه من الاشياء . هذا فى اللغـة .

وأما فى عرف الفقهاء فقد تباينت فيـه عباراتهـم :

(أ) فقد عرفـه الكمال بن الهمام بأنه (قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف الا لمانـــع[٢] .

(ب) وعرفـه القرافى بأنه حكم شرعى مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالمملوك والعوض من حيث هو كذلك ، ثم أخذ فى شرح التعريف فقال قولنا حكم شرعى . فبالأجماع ، ولانه يتبع الاسباب الشرعية وأما أنه مقدر فلأنـــه يرجع الى تعلق اذن الشرع ، والتعلق عدمى ، وليس وصفا حقيقيا ، بل يقدر فى العين أو المنفعة عند تحقق الاسباب المفيده للملك — وقولنا — فى العين أو المنفعة — فان الاعيان تملك بالبيع — والمنافع تملك بالاجارة وقولنا — يقتضى انتفاعه بالمملوك ليخرج التصرف بالوصية والوكالة وتصرف القضـــاء فى أموال الغائبين والمجانين فان هذه الطوائف لهم التصرف بغير ملك — وقولنا — والعوض عنـه ليخرج الأباحات فى الضيافات فان الضيافة مأذون فيها وليســت مملوكة على الصحيح ، ويخرج أيضا الاختصاصات بالمساجد والربط ، ومواضـــع المطاف ، والسكك ومقاعد الاسواق فان هذه الامور لاملك فيها مع المكنة الشرعيـة من التصرف فى هذه الامور ، (وقولنا — من حيث هو كذلك اشارة الى أنه يقتضى ذلك من حيث هو وقد تخلف عن ذلك لمانـع[٣] .

وقد انتقد ابن الشاط صاحب ادرار الشروق على أنواء الفروق هذا التعريف فوجه اليه مايلى — قال — قلت هذا الحد فاسد من وجـوه .

....

(١) القاموس المحيط باب الكاف فصل الميم مادة ملك .

(٢) فتح القدير جـ٥ ص٧٤ (٣) الفروق للقرافى جـ٣ ص ٢٠٨ — ٢٠٩

أحدها : أن الملك من أوصاف المالك لا المملوك لكنه وصف متعلق والمملوك هو متعلقـــه .

ثانيها : أنـــه ليس مقتضيا التمكين من الانتفاع - بل المقتضى لذلك كلام الشارع .

ثالثها : أنه لايقتضى الانتفاع بالمملوك - وبالعوض بل بأحدهما .

رابعا : أن المملوك مشتق من الملك فلا يعرف الا بعد معرفته فيلزم الدور .

(جـ) ثم ذكر تعريفا آخر للملك فقال والصحيح

أنه تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنيابـــة من الانتفاع بالعين أو المنفعـــة ومن أخذ العوض عن العين والمنفعـــة .

وقريب من هذه التعاريف ماعرفه بـــه بعض الفقهاء المحدثين ، فقـــــد عرفـــه الدكتور محمد يوسف موسى .

(د) بأنـــه حـــيازة الشيء متى كان الحائز وحده قادرا على التصرف فيه والانتفاع بـــه عند عدم المانع الشرعـــي (١) .

(هـ) وعرفـــه الاستاذ الشيخ على الخفيف بأنه " اختصاص يمكن صاحبه من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي (٢) "

ومن هذه التعريفات يتضح لنا مايأتـــي :

(١) أن الملك : ارتباط شرعي بين الانسان والمال يوجد بايجاد الشارع وينتفـــي بنفيـــه يقول الشيخ أبوزهرة الملكية هي العلاقه التي أقرها الشارع بين الانسان والمال وجعله مختصا بـــه بحيث يتمكن من الانتفاع بـــه بكـــــل الطرق السائغة شرعا ، وفي الحدود التي بينها الشرع الحكيم (٣) .

(٢) تخول هـــذه العلاقه المالك سلطة على الشيء المملوك واستدامة تسيطرتـــه عليه مابقيت العـــين مالم يقتض سبب آخر اخراجها عن حيازتـــه .

....

(١) الفقه الاسلامي دكتور محمد يوسف موسى ص ٢٥٤

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩

(٣) الملكيه ونظرية العقد في الشريعة الاسلاميـــة للشيخ أبوزهـــرة ص ٦٢

(٣) للمالك بمقتضى هذا الارتباط جميع الحقوق المقررة سواء أكانت تصرفات أو استعمالا أو استغلالا فله أن يبيعه وأن يهبه وأن يستعمله بنفسه أو يمنح غيره سلطة استغلاله وما الى ذلك من كافة التصرفات فى حدود الشرع وفى دائرة المعروف .

(٤) قد يوجد من الاعراض ماينقص من هذه السلطة كما اذا انعدمت الاهلية، أو نقصت فان هذا الحق ا يتأثر بهذه الاعراض ويشتد التأثر أو يخف تبعا للعارض الذى يعرض .

لماذا عبرت بتملك : ؟

وقد آثرت التعبير فى عنوان الرسالة بتملك ليكون العنوان أكثر دلالة على المراد فان معنى كلمة تملك الاستيلاء على الشئ عن قوة وقهر وبعض المصادر فى موضوعنا تفيد الملكيه بالقوه والقهر وذلك كالتملك الناشئ عن الحرب على ماسيأتى بيانه وبعضها الاخر لايملك الانسان أن يرفضه بل يدخل فى ملكه جبرا كما فى الميراث فان الوارث لايملك أن يرفض مايؤول اليه بالارث عن مورثه لذا فقد اخترت التعبير بالتملك ليشمل ماذكر - وكلمة مصادر جمع مصدر ومن معانيها الامر الذى عن طريقه تأتى الملكيه (١) .

وبذلك يكون معنى عنوان الرسالة (الامور التى عن طريقها يكون التملك للارض من غير مقابل مالى) .

ثانيا : لمحة موجزه عن الملكية لدى الأمم المختلفه :

الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع وغريزة من غرائز الانسان وجدت منذ فجر التاريخ مع وجود الانسان وان اختلفت نظمها ومناهجها باختلاف الاوقات والأمم أو هى تعبير عن غريزة حب الاستئثار والحيازه لدى الانسان .

وقد كانت الصورة الاولى للملكيه تتمثل فى فكرة الاحتلال ووضع اليد على الشئ المراد تملكه مع منع الاخرين من أن تمتد اليه أيديهم ولذا كانت

....

(١) قصة الملكيه فى العالم للدكتورين على عبدالواحد وافى وحسن شحاته سعفان ص ١٣٩

تختص بالأقوياء القادرين على انتزاع الشيء ممن هو فى يده ، ثم تطور الأمـــر فأصبحت الملكيه دعامة هامة من هذا دعائم المجتمع الـ من أجل هذا تناولتهـــا الشرائع المختلفة بالتنظيم ووضع الحدود التى تتفق والأوضاع الاجتماعية والسياسيه التى تسود المجتمع المراد تنظيمها بـه وكان الهدف العام لهذا التدخل هـــو البعد بها عن الصورة غير المهذبة التى كانت عليها فى بدء قيامها ـ واليك صورة مصغرة لما كانت عليه هذه الملكيه لدى الأمم المختلفه :

(أ) الملكيه عند الشعوب البدائيـه :

اذا عدنا الى الشعوب البدائيه لوجدنا أن الملكية لديهم كانت تتخذ الطابع الجماعى نتيجه للعادات والتقاليد المنتشرة بينهم ـ فقد كانت القبيلة ـ أو العشيرة هى التى تملك جميع ما يقع تحت حيازتها من أرض ومتاع ومساكن وحيـوان وغير ذلك ملكية جماعية دون أن ينسب شيء مما ذكرنا الى فرد من أفرادها . والى جانب هذه الملكيه الجماعية ظهرت الملكية الفرديه بشكل ضيق يقتصر على الحاجات الخاصة بالفرد مثل لباسه وسلاحه وما يتصل باستعماله الشخصى (1) .

وكانت هذه الأشياء الخاصة بالفرد تدفن معه عند موتـه أو يقوم الورثـه باحراقها حتى لا تثير لدى عشيرتـه ذكريات الألم ، لأنها كانت تعتبر امتـدادا لشخصه فيجب أن تذهب بذهابـه ، وقد حرصت الشعوب البدائية على حمايـــة الملكية لديها سواء أكانت تلك الملكية جماعية أو فردية ، وكانت الملكية الجماعيـة تحظى بحماية أكثر من العشيرة ، وخاصة حينما يقع العدوان على الأشياء المقدسـه كالمساكن والمقابر ؛ فعندئذ تهب العشيرة كلها للدفاع عنهـــا (٢) .

(ب) الملكيـة عند بنى اسرائيـل :

فأما الملكية عند بنى اسرائيل فئان أهمها لديهم هى ملكية الأرض وكـان اهتمامهم بالاستيلاء عليها شديدا وعندما أغاروا على بلاد كنعان بقيادة يوشع خليفة

....

(١) قصة الملكية للدكتورين على عبد الواحد وافى ـ وحسن شحاته ص ٢١

(٢) المرجع السابـق

سيدنا موسى واحتلوها واستولوا على جميع ما كان فيها من خيرات وثروات وقاموا بابادة أهلها واستعبدوا من استحيوه منهم ، قاموا فى بداية الامر بتوزيع هذه الارض على القبائل فخص كل قبيلة من قبائلهم نصيب يتناسب مع عدد أفرادها وخصت قبيله اللاويين بزيادة فى نصيبها وفقا لما تقضى به نصوص الشريعة الموسويه لانها فى زعمهم القبيلة المصطفاه لحراسة الشريعة والمحافظة على الشعائر [١] .

وكانت ملكية الأرض ملكية جماعيه فالقبيلة نفسها هى التى تملك نصيبها وتقسمه بين أسراتها كما تقسم الأعمال بين أفرادها وفق ما يصطلحون عليه من قواعد ونظم .

الا أن هذه الملكية الجماعيه لم تلبث أن تحولت الى ملكيات أسريه . ثم انتهى الأمر بأن صارت ملكية فردية خالصة تنتقل بطريق الميراث المعمول بها لديهم [٢] .

(ج) الملكية عند اليونان :

لقد مرت الملكية عند اليونانيين بنفس الأطوار التى مرت بها عند بنى اسرائيل فقد بدأت ملكية جماعية ثم انتهت الى ملكية فرديه وكان أهم أنواع التى تملك هى الأرض . فقد كان اليونانى يفخر بتملكه لأرضه ويعتز بأن أجداده قد ملكوها بسيوفهم وحرابهم وكانوا يعتقدون بأن الأشتغال بالزراعة هو أشرف المهن ، وهو مصدر السعاده فانه يقوى الجسم ويصقل الروح وينشر الرخاء فى البلاد [٣] .

وعندما كانت الملكية جماعية كان ارتباطها بالقبائل لا بالافراد ، فلا يجوز انتقالها من يد الى يد بل كانت تودع لدى رئيس القبيلة يتصرف فيها لمصلحة قبيلة حتى اذا ملك جيل تسلمها الجيل الذى يليه وهكذا الى أن حدث لها من التطور ماحدث لغيرها فتالت الى ملكية فرديه خالصة ، ولقد قام المفكرون فيهم بتأييد هذه الملكية الفردية فهذا هو أرسطو يقول (ان الملكية الفردية ضرورية للحياة

....

(١) سفر العدد ـ الاصحاح ٢٦ ـ آيات ٥٢ ـ ٥٤ نقلا عن قصة الملكية فى العالم .
(٢) قصة الملكية فى العالم ص ٥٢ ـ ٥٣ (٣) المرجع السابق ص ٧٣

الاجتماعية السليمة لأنها هى التى تغرى الأفراد بالعمل وتدفعهم اليه) ثم استقرت للمالك كل الحقوق التى تخولها له الملكية الفردية فكان له أن يتصرف فيها كما يشاء من بيع أو هبة أو وصية[1] .

(د) الملكية عند الرومان :

سارت الملكية عند الرومان فى نفس الطريق الذى سارت فيه عند الأمم السابقة فى تطورها من ملكية جماعية الى ملكية فرديه ، وكان لهذه الملكية اتصال بالعقائد الدينية الموجودة فى ذلك الحين فقد كانوا يعتقدون بأن هناك ملائكة يقومون بحراسة الاملاك حتى لا يعتدى عليها أحد ثم اتسع نطاق الملكيات الفردية لتشمل ما مساحات واسعة تجمعت فى أيدى فئة قليله من الناس وراحت هذه القله تستغل هذه الأراضى الواسعه وتجمع الثروات الطائلة وصاحب ذلك استغلال فاضح للعاملين فى هذه الأرض ، الأمر الذى أحدث الأضطراب فى المجتمع ورسخ دعائم الاقطاع .

(هـ) الملكية عند العرب قبل الاسلام :

كانت الملكية الفردية معروفة ومنتشرة عند العرب قبل الاسلام سواء منهم من سكن الحضر أو البادية فقد كان كل فرد يملك متاعه الشخصى ، وداره ، وأنعامه .

وقد وردت أدلة كثيرة تدل على وجود هذه الملكية فى كل من مكة والمدينة فقد ورد أنه قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة أتنزل فى دارك غدا ؟ فقال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ وروى أنه عليه السلام لما هاجر من مكة الى المدينة أشرك المهاجرين مع الأنصار فى دورهم ، وقد نطق الكتاب الكريم بما يفيد وجود هذه الملكية الفردية عندهم بقول تعالى (للفقراء

....

(١) المرجع السابق ص ٧٥ وانظر بحث الملكية الفردية وتحديدها فى الاسلام للاستاذ الشيخ على الخفيف ـ كتاب المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ص ١٠٣ لسنة ١٩٦٤ .

المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم[1] ، فقد أضاف الله الديار والأموال الى المهاجرين ، وهذا يدل على وجود هذه الملكية عندهم قبل الاسلام[2] .

ثالثا : الملكية في الاسلام :

المالك الحقيقي للارض ولما عداها هو الله تعالى

ان الحقيقة التي لا يستطيع أن ينكرها أحد هي أن كل شيء ، الكون وما فيه ملك تام لله تبارك وتعالى ايجادا وابداعا وعبيدا ، وهي حقيقة ليست بجديدة لكنها قديمة قدم الكون نفسه تنطق بها الاشياء كلها اما بلسان حالها ، أو بلسان مقالها ، وشوك الانسان بريبه لا يقوى على طمس هذه الحقيقة ولا يقلب تيار الفطرة المتدفق من أعماق نفسه اعترافا بها واقرارا ، يبرز القرآن الكريم هذه الحقيقة فيقول (ولئن سألتهم من خلق السموات والارض وسخر الشمس والقمر ليقولن الله فأنى يؤفكون[3]) ولقد أمر الله رسوله أن يوجه بعض الاسئلة للكفار وأخبر تعالى أن من خلال اجابتهم على هذه الأسئله سوف تتضح هذه الحقيقة وسوف تتضمن اعترافا صريحا بهذه الملكية لله تعالى قال تعالى (قل لمن الارض ومن فيها ان كنتم تعلمون سيقولون لله . قل أفلا تذكرون . قل من رب السموات السبع ورب العرش العظيم سيقولون لله ، قل أفلا تتقون ؟ قل من بيده ملكوت كل شيء - وهو يجير ولا يجار عليه ان كنتم تعلمون ، سيقولون لله قل فأنى تسحرون ، بل أتيناهم بالحق وانهم لكاذبون[4]) وأمام هذه القضية المسلمة ، والحقيقة الناصعة أمام القلب والعقل لا يسع الانسان المؤمن الا أن يديم التقديس والتعظيم لله رب العالمين سبح لله ما في السموات والارض وهو العزيز الحكيم ، له ملك السموات والارض يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير[5]) وكل محاولة للنيل من هذه الحقيقة أو طمس

....

(١) سورة الحشر الايه ٨

(٢) فان الملكية العامة أو الجماعية لم تكن موجودة عندهم في الارض وان كان من الممكن أن توجد عندهم في الانعام فكان يأتي عليها وقت من الاوقات تكون ملكا عاما بين أفراد القبيلة وبخاصة اثر الغارات التي كانوا يشنونها على بعضهم ويستولي بعضهم على أنعام بعض ـ بحث الملكية للشيخ الخفيف ص ١٠٤

(٣) الاية ٣ من سورة العنكبوت (٤) الايات ٨٤ ـ ٨٩ من سورة المؤمنون

(٥) الايه ١ من سورة الحديد

معالمها ، أو التهوين من شأنها ، فان السماء لاتسكت عليها دون عقاب رادع أو مآخذة اليمه .

فحين أراد فرعون أن يتقمص بعض صفات الربوبيه ، فنسب الملك لذاته من غير ملاحظة للارتباط الوثيق بين الخالق ، والمخلوق ، حين قال ياقوم أليس لى ملك مصر ، وهذه الأنهار تجرى من تحتى أفلا تبصرون (١) ؟ وحين قال ياأيها الملأ ما علمت لكم من اله غيرى فأوقدلى ياهامان على الطين فاجعل لى صرحا لعلى أطلع الى أله موسى ، وانى لأظنه من الكاذبين ، واستكبر هو وجنوده بغير الحق وظنوا أنهم الينا لايرجعون ، كان العقاب الصارم فى انتظاره فأخذناه وجنوده فنبذناهم فى اليم فانظر كيف كان عاقبة الظالمين (٢) ؟

وكذلك كان حال قارون حين بغى فنسى المالك الحقيقى للمال ، وتطاول على المسدى الاول للنعمة وقال انما أوتيته على علم عندى ، كان العقاب الحازم جزاء وفاقا ، فخسفنا به وبداره الارض وذات المشهد يتكرر مع صاحب الحديقه ، الذى قال ما أظن أن تبيد هذه أبدا ، وما أظن الساعة قائمة ، ولئن رددت الى ربى لاجد خيرا منها منقلبا (٣) . كان العقاب ، وأحيط بثمره فأصبح يقلب كفيه على ما انفق فيها وهى خاوية على عروشها ، ويقول ياليتنى لم أشرك بربى أحدا ولم يكن له فئه ينصرونه من دون الله وما كان منتصرا ، هنالك الولاية لله الحق هو خير ثوابا وخير عقبا (٤) . من هنا كان لابد من التسليم المطلق ، والاعتراف الكامل بأن الله مالك لكل شئ ولاينبغى للانسان أن ينسى هذه الحقيقه أو يخالف ما تقضى به .

خلافة الانسان عن اللــه فى أرضـه

علمنا مما سبق أن لله ملك السموات والارض . وما بينهما ، وهو سبحانه ليس بحاجة الى شئ من هذه المخلوقات بل أبدعها من عدم ، وجعلها فى حاجة

. . . .

(١) الايه ٥١ من سورة الشورى (٢) الايات ٣٨ ــ ٤٠ من سورة القصص

(٣) الايات ٣٦ من سورة الكهف (٤) الايات ٤٢ ــ ٤٤ من سورة الكهف

دائمة اليه كما قال تعالى (يا أيها الناس أنتم الفقراء الى الله ، والله هو الغنى الحميد ان يشأ يذهبكم ويأت بخلق جديد وماذلك على الله بعزيز)[١] ورغم وضوح هذه الحقيقة فى الواقع المشاهد للأنسان ، الا أن مجموعة من الناس وهم اليهود الذين أبوا على تحريف الكلم عن مواضعه والباس الباطل ثوب الحق ، كثيرا ماكانوا يشككون فى هذه الحقيقة لصرف الناس عن دعوة الحق فيقول بعضهم ، ان الله فقير ونحن أغنياء ، وانه لمحتاج الينا وما بنا اليه من حاجة ينهانا عن الربا ، ويعطينا اياه ، الى آخر هذه الأباطيل الكاذبة والقرآن يرد زعمهم الخاطئ ويتوعدهم ، فيقول لقد سمع الله قول الذين قالوا ان الله فقير ونحن أغنياء .. سنكتب ماقالوا ، وقتلهم الأنبياء بغير حق ونقول ذوقوا عذاب الحريق ، ذلك بما قدمت أيديكم وأن الله ليس بظلام للعبيد[٢] — ويقول بعض آخر ان الله بخيل — ويده سبحانه مغلولة عن الانفاق ، والقرآن يرد عليهم ، أن البخل دينهم والشح من طبعهم فيقول ، وقالت اليهود يد الله مغلولة غلت أيديهم ولعنوا بما قالوا بل يداه مبسوطتان ينفق كيف يشاء[٣] . والحق أن هذه وقاحة لا لايليق أن تصدر من انسان جعله الله خليفة عنه فى أرضه كما قال تعالى (انى جاعل فى الارض خليفة) وكما قال (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه وسخر له الارض والسماء من أجل أن يحيا الحياة العزيزة الكريمة) كما قال تعالى (هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا[٤]) وكما قال (الذى خلق السموات والارض وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقا لكم وسخر لكم الفلك لتجرى فى البحر بأمره وسخر لكم الأنهار وسخر لكم الشمس والقمر دائبين وسخر لكم الليل والنهار وآتاكم من كل ما سألتموه وان تعدوا نعمة الله لاتحصوها ان الأنسان لظلوم كفار[٥]) .

....

(١) سورة فاطر الايه ١٥

(٢) الايات ١٨١ — ١٨٢ من سورة آل عمران

(٣) الايه ٦٧ من سورة المائدة

(٤) الايه ٢٩ من سورة البقرة

(٥) الايه ٣٤ من سورة ابراهيم

ومن رحمه الله بهذا الانسان أن ضمن كل رسالة سماوية تذكيرا قويا بهذه الخلافه للانسان حتى لايفتنه المال أو يغريه السلطان بل يظل على ذكر دائم وتفكر مستمر .

لقد كانت أي رسالة من الرسل تتجه بعد غرس التوحيد فى القلب، الى تعميق معنى الخلافه حتى يظل ماثلا أمام العيون .

فهذا هو سيدنا هود عليه السلام يدعو قومه الى عبادة الله وحده لا شريك له ثم يذكر مباشرة بحق الخلافة قال تعالى (والى عاد أخاهم هودا . قال يوم أعبدوا الله مالكم من اله غيره . ثم بعدها بقليل ، واذكروا اذ جعلكم خلفاء من بعد قوم نوح وزادكم فى الخلق بسطه فاذكروا الاء الله لعلكم تفلحون[١]) ويأتى سيدنا صالح فيسلك نفس الطريق من الدعوة الى التوحيد والتذكير بحق الخلافه عن الله فى أرضه ، يقول تعالى (والى ثمود أخاهم صالحا . قال ياقوم اعبدوا الله مالكم من اله غيره قد جاءتكم بينة من ربكم هذه ناقة الله لكم آية فذروها تأكل فى أرض الله ولاتمسوها بسوء فيأخذكم عذاب أليم ، واذكروا اذ جعلكم خلفاء من بعد عاد وبوأكم فى الارض تتخذون من سهولها قصورا وتنحتون الجبال بيوتا فاذكروا الاء الله . ولاتعثوا فى الارض مفسدين[٢]) ويأتى سيدنا موسى ليذكر قومه أن التمكين فى الارض واستحقاق الخلافة فيها لايكون الا للموحدين المتقين الذين لايجحدون حق الله عليهم ، قال موسى لقومه استعينوا بالله واصبروا ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين[٣] .

وربما ذكر الرسول نفسه بذلك اذا جمع له الله الى جانب واجب الهدايه السعة فى الملك والتمكين فى الارض ليؤكد له أن العدل أساس بقاء الملك بقول تعالى (يا داود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق ، ولاتتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ان الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب[٤]) .

....

(١) الايات من سورة الاعراف ٦٥ ــ ٦٩ (٢) الايات ٧٣ ــ ٧٤ من سورة الاعراف
(٣) الايه ١٢٨ من سورة الاعراف (٤) الايه ٢٦ من سورة ص

وهكذا تسير سنة الله لاتتخلف ولاتعوج من أحسن الخلافة عن الله فى ارضه، وأدى الحق الواجب عليه مكن له فى الارض وأبقى على هذه الخلافة معه كما قال تعالى (ولقد كتبنا فى الزبور من بعد الذكر أن الارض يرثها عبادى الصالحون)(١).

ويقول تعالى (الذين ان مكناهم فى الارض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة، وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور)(٢) ويقول (وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم فى الارض كما استخلف الذين من قبلهم وليمكنن لهم دينهم الذى ارتضى لهم وليبدلنهم من بعد خوفهم أمنا يعبدوننى لا يشركون بى شيئا)(٣)

فأما اذا لم تحسن الأمة الخلافة عن الله فى أرضه فانه يزلزلها من تحت أقدامها ويسلط عليها من يغلبهم عليها وينزعها منهم كما قال تعالى (كم تركوا من جنات وعيون وزروع ومقام كريم ونعمة كانوا فيها فاكهين ، كذلك وأورثناها قوما آخرين فما بكت عليهم السماء والارض . وما كانوا منظرين)(٤)

وحين يتنكر الانسان لهذه الخلافة ويسند الملك لنفسه فى غير استحياء تقضى سنة الله باخراجه من هذه الارض واجلائه عنها كما قال تعالى (وقال الذين كفروا لرسلهم لنخرجنكم من أرضنا أو لتعودن فى ملتنا ، فأوحى اليهم ربهم لنهلكن الظالمين ، ولنسكننكم الارض من بعدهم ، ذلك لمن خاف مقامى ، وخاف وعيد واستفتحوا وخاب كل جبار عنيد)(٥) ! فهل يستوعب المسلمون هذه الحقائق ويدركوا هذه النصوص حتى يأمنوا مكر الله ، ويخطوا بوضائه ونصره ؟ ان فى ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد .

نوع الملكية التى يقرها الاسلام - ومميزاتها

والاسلام يقر الملكية بنوعيها - فيقر الملكيه الخاصة ، الفردية ، ويقر كذلك الملكية الجماعية ، العامة .

....

(١) الايه ١٠٥ من سورة الأنبياء (٢) الايه ٤١ من سورة الحج
(٣) الايه ٥٥ من سورة النور (٤) الايات ٢٥ - ٢٨ من سورة الدخان
(٥) الايات ٥٥ - ٥٦ من سورة النور

أولا : اقراره للملكيه الفرديه :

وهذا النوع من الملكيه لم يكتف الاسلام باقراره ، بل أحاطه بالضمانات التى تقيه الأنحراف وتحفظه من التسلط، فأما اقراره لها فهذا بيين واضح ، فيما يضفه القرآن الكريم والسنة المطهرة ، للأفراد اضافة تغير الملك لهؤلاء المضاف اليهم ، وهو فى القرآن الكريم كثير منه قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)(١) وقال تعالى لتبلون فى أموالكم وأنفسكم)(٢) .

وقال – وآتوا اليتامى أموالهم ولاتتبدلوا الخبيث بالطيب ولاتأكلوا أموالهم الى أموالكم انه كان حوبا كبيرا)(٣) وقال (ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنه)(٤) وقال (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم)(٥) وقال (وفى أموالهم حق للسائل والمحروم)(٦) وقال هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لاول الحشر ما ظننتم أن يخرجوا وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله)(٧) وقال (فالذين هاجروا وأخرجوا من يد ديارهم وأوذوا فى سبيلى)(٨) وأما من السنة فمنه قوله عليه السلام من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ومن أغلق عليه بابه فهو آمن .

احترام الاسلام لهذه الملكيه وصيانتها

وقد بنى الاسلام نظامه على احترام هذه الملكية وصيانتها فحرم أخذ شئ من هذه الاموال بغير طيب نفس من مالكها . فقال عليه الصلاة والسلام من اقتطع شبرا من أرض بغير حقه طوقه من سبع أرضين يوم القيامة)(١٠)(٩) وقال تعالى (ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالأثم

....

(١) الايه ١٨٨ من سورة البقرة (٢) الايه ١٨٦ من سورة آل عمران
(٣) الايه ٢ من سورة النساء (٤) الايه ١١١ من سورة التوبة
(٥) الايه ١٠٣ من سورة التوبة (٦) الايه ١٩ من سورة الذاريات
(٧) الايه ١ – ٢ من سورة الحشر (٨) الايه ١٩٥ من سورة آل عمران
(٩) نيل الاوطار جـ٥ ص ٣١٧

وأنتم تعلمون ، وقال تعالى (ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم [١]) وقد وضع الاسلام من المبادئ والضوابط ما يحول دون طغيان هذه الملكيه وانحرافها .

(١) فجعلها خلافة عن الله في الارض كما قال تعالى (وهو الذى جعلكم خلائف الارض [٢]) .

وجعل فيها حقا واجب الأداء للسائل والمحروم وأنذر الدين يتثاقلون عن البذل في سبيله بجعل هذه الاموال وبالاعليهم في الدنيا وعذابا مضاعفا في الاخره ، قال تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضه ولاينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم ، وظهورهم هذا ماكنزتم لانفسكم فذقوا ما كنتم تكنزون [٣])

وجعل البر كل البر في انفاق المال على حب ورضى في سبيل الله قال تعالى (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب، ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين ، وابن السبيل والسائلين وفي الرقاب وأقام الصلاة وآتى الزكاة [٤]) وهكذا يتوسط انفاق المال بين الايمان بالله واليوم الاخر وبين اقامة الصلاة اشعارا بأنه لاينفك عنهما ولاثمرة لهما بدونه .

(٢) كذلك حرم تنمية هذه الأموال بطريق غير مشروعة مما يجعلها تتسم بالاستغلال والاثره فحرم الربا ، (ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم يفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون [٥]) وحرم الغش ونهى عن تطفيف الكيل وبخس الميزان . فقال تعالى (ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون

....

(١) الآيه ٢٩ من سورة النساء (٢) الآيه ١٦٥ من سورة الأنعام
(٣) الآيه ٣٤ من سورة التوبه (٤) الآيه ١٧٧ من سورة البقرة
(٥) الآيه ٢٨٧ من سورة البقرة

واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون، ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون ليوم عظيم(١)) وقال (والسماء رفعها ووضع الميزان، ألا تطغوا فى الميزان وأقيموا الوزن بالقسط ولاتخسروا الميزان(٢))

وحرم الاسلام كذلك الاحتكار وهو(شراء الاشياء كالأقوات والاطعمة وحبسها انتظارا للغلاء، فقد قال عليه الصلاة والسلام (لايحتكر الا خاطئ) وقال من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله ، أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة(٣))

(٣) وشرط الاسلام لبقاء هذه الملكية . مصونة يسبل عليها ثوب حمايته ويضفى عليها رعايته ألا تكون أداة ضرر محرم للآخرين . فان كانت مصدرا لهذا الضرر . فللدولة أن تتدخل بالقدر الذى يرفع الضرر، ويحفظ الحقوق . فقد حدث أنه كان لسمرة بن جندى نخل فى حائط لانصارى وكان الانصارى يتأذى من دخول سمرة الحائط عليه فشكى ذلك الى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال الرسول ــ هبه له ولك مثله فى الجنه فأبى . فقال له بعه فأبى فطلب منه أن يقلعه فأبى، فقال له الرسول عليه السلام أنت مضار ثم قال للأنصارى اذهب فاقلع نخله(٤) . ومن ذلك أيضا : مافعله عمر رضى الله عنه حين نزع ملكية الدور التى كانت تحيط بالمسجد الحرام ، وقد ضاق المسجد ، ورفض أصحاب هذه الدور بيعها فأخذها عمر جبرا عنهم وقال . انما نزلتم على الكعبة ــ وهذا فناؤها ولم تنزل الكعبة عليكم .

ومن ذلك أيضا حق الأخذ بالشفعة على ماهو مبين فى مواضعه بالفقه .

(٤) وكذلك أوجب الاسلام على المالك أن يكون معتدلا فى تصرفاته ، وأن يستغلها فيما شرعت له من رفع مستوى أبنائه والترفع بهم عن ذل الحاجه ، وهى فى رحاب الاسلام ما دامت كذلك فأما اذا سلك طريقا آخر غير الطريق الذى

....

(١) الايه ١ ، ٢ من سورة المطففين (٢) الايات من ٦ ــ ٩ من سورة الرحمن
(٣) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٣٠ ويعظم بضم العين وسكون الظاء المكان العظيم من النار
(٤) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٢٠

رسم الاسلام ، أو كان لايحسن التصرف أصلا فان من حق الدولة أن تتدخل لتمنع هذا العبث ، أو تحفظ هذا المال وتديره حتى يستطيع صاحبه أن يستقل بذلك ، عندما يبلغ رشيدا ، يقول تعالى (ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولاتأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا[١])

مصادر هذه الملكيه – وطبيعتها

ومصادر هذه الملكية هى – البيع – والهبة – والميراث – والوصية – واحياء الموات – والشفعة – وكل انواع التصرفات التى من حق الانسان أن يباشرها على ملكه ، مما ينقل الملك •

وهذه الملكية ذات مفهوم خاص يختلف تمام الاختلاف عن مفهوم الملكية فى المذهب الفردى ، والجماعى على حد سواء • فهى تختلف فى طبيعتها • وهدفها ومظهرها عن طبيعه الملكية فى تلك النظم فهى ليست ملكيـة مطلقة كما يذهب الى ذلك أنصار المذهب الفردى حتى لكأن الناظر للملكية الخاصة فى الاسلام ليظن أنها ملكية عامة جماعيه – وهى ليست كذلك ماشه فى المائه ، لان الاسلام أقر الملكية الخاصه ووضع لها وسائل حمايتها وطرق تنميتها كما سبق القول •

فهى ذات طبيعة مزدوجه بين الفردية والجماعيه فهى فردية من ناحية حق صاحبها فى التصرف فيها بكافة أنواع التصرفات المشروعة ، وجماعيه من حيث القيود ، والضوابط التى وضعها لها ، وهذا سر اضافتها لله تبارك وتعالى أحيانا ، وللانسان أحيانا أخرى ، فمن الاول قوله تعالى (ولله ملك السموات والارض تبارك الذى بيده الملك) وقوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم[٢]) ومن الثانى قوله تعالى (ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل[٣]) وقوله تعالى

....

(١) الايه ٥ ، ٦ من سورة النساء (٢) الايه ٣٣ من سورة النور
(٣) الايه ١٨٨ من سورة البقرة

(خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها [١])

وقد علل الاستاذ الدكتور محمد عبدالله العربى هذا الأزدواج فى نسبه الاموال بثلاثة أسباب :

الأول : هو أن اضافة ملكلية المال الى البشر ضمان لتوجيه المال الى الانتفاع بما يملكه من مال فى الحدود التى رسمها الله تعالى وهذه الاضافة لم يقصد بها الا تمليك الانتفاع بكل ما يقتضيه هذا الانتفاع من حق التصرف والاستغلال والاستثمار .

الثاني : أن الاسلام دين المسئوليه قال تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة [٢]) وقال أيضا (ولاتزروازرة وزر أخرى [٣]) وقال (وكل انسان ألزمناه طائره فى عنقه ونخرج له يوم القيامة كتابا يلقاه منشورا [٤])

ولا يقبل الاسلام أن تكون مسئولية البشر عن المال الذى سخره الله لهم وأودعه بين أيديهم مسئولية شائعة غير محدودة لذلك عمد الى أقرار الملكية الفردية ليسأل كل فرد عن حق الجماعه فى المال الذى بين يديه ، وجعل ولى الأمر مسئولا عن حق الجماعة فى أموال الأفراد .

الثالث : أن الاسلام دين الفطرة وفطرة الانسان تتوق الى تملك المال لذا عمد الى ربط بعض المال على آحاد الناس حتى تنطلق غريزتهم ويندفع نشاطهم الى استثمار المال الموجود فى حوزتهم ، ثم يقول والخلاصة أن ملكية الله للمال هى الملكية الاصيلة وملكية البشر للمال هى الملكية الواقعية ولاتناقض بين النسبتين [٥] .

ثانيا : اقرار الاسلام للملكية الجماعية أو العامة :

وكما أقر الاسلام الملكية الخاصة أو الفردية فقد أقر كذلك الملكية الجماعية وجعلها وسيلة رخاء وتقدم ، وجعل أبناء الامة جميعا مسئولون عن حمايتها

....

(١) الآيه ١٠٣ من سورة التوبه (٢) الآيـة ٣٨ من سورة المدثر
(٣) الآيـة ١٨ من سورة فاطر (٤) الآيه ١٣ من سورة الأسراء
(٥) انظر بحث الملكية الخاصة وحدودها فى الاسلام للدكتور محمد عبدالله العربى كتاب المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ص ١٤١ ـ ١٤٢

وحراسة طريقها حتى لاينحرف بها حاكم أو مسئول مهما كان مركزه ، ومهما كانت سطوته فأما اقرار الاسلام لهذه الملكية الجماعية فيستدل له بقوله تعالى (هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا)(١) وبقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء . والكلاء . والنار . وزاد فى بعض الروايات وثمنه حرام .)

وفى رواية ثالثه زاد الملح(٢) . وقد عقب الشوكانى على هذه الروايات المختلفة بقوله واعلم ان أحاديث الباب تنتهض بمجموعها فتدل على الاشتراك فى الأمور الثلاثة مطلقا ولايخرج منها شئ من ذلك الا بدليل يخص بها عمومها لابما هو أعم منها مطلقا كالاحاديث القاضية بأنه لايحل مال امرى مسلم الا بطيبة من نفسه لانها مع كونها أعم انما تصلح للأحتجاج بها بعد ثبوت الملك ، وثبوته فى الأمور الثلاثة محل النزاع(٣) .

ويتضح اقراره لها كذلك ـ فى المساجد ـ والطرق ـ والمقابر ـ والغنيمة قبل القسمة وغير ذلك .

مصادر هذه الملكية وطبيعتها

وقد جعل الاسلام لهذه الملكية مصادرها ـ التى توجد بها وهى :

(أ) الاستيلاء على الارض بالفتح العسكرى على رأى من يقول ان الارض تكون وقفا بمجرد الاستيلاء عليها وسيأتى تفصيل ذلك فى محله ان شاء الله .

(ب) العين الموقوفة على تفصيل يأتى كذلك .

(جـ) الحمى

(د) الغنيمة قبل القسمة .

وأما طبيعتها . فانها ذات نزعة فردية هدفها رفع شأن كل فرد من أفراد الامة جميعها حتى الذين يدينون بغير الاسلام وما فعله عمر مع اليهودى معروف حيث رفع عنه الجزية ـ وقال العامل بيت المال انظر هذا وضرباءه فاجعل لهم

....

(١) الآيه ٢٩ من سورة البقرة (٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦
(٣) المرجع السابق ص ٣١٠

رزقا فى بيت مال المسلمين وليست من أجل طبقة معينة دون باقى الطبقات، كما هو الحال فى الحزب الشيوعى، فلأعضاء الحزب كل الحق، والمميزات الخاصة. فأما باقى أفراد الشعب فهم تروس فى آلة صماء كل همها أن تدور بدون أن تتوقف حتى لو نكسرت هذه التروس.

فأما الملكية الجماعية فى الاسلام فهى حق كما قلت لجميع أفراد الأمة، ولذا نرى عمر بن الخطاب رضى الله عنه يحذر من استغلال المال العام، وينبه الى عدم التساهل فيه فيقول لايترخص أحدكم فى البرذعة أو الحبل أو القتب فان ذلك للمسلمين ليس أحد منهم الا وله فيه نصيب فان كان لانسان واحد رآه عظيما وان كان لجماعة المسلمين ترخص فيه.

وهذا أبو ذر الغفارى رضى الله عنه الصحابى الجليل يطلب من معاوية ابن أبى سفيان وهو يومئذ أمير الشام من قبل عثمان رضى الله عنه أن لايسمى مال المسلمين مال الله حتى لاتكون هذه التسمية ذريعة لحجبة عن أفراد الامة فقد سمعه مرة يقول ان المال مال الله - فقال له لاتقل ذلك - وما الذى يدعوك أن تسمى مال المسلمين مال الله ؟ فقال له معاوية يرحمك الله يا أبا ذر ألسنا عباد الله - والمال ماله ؟ فقال لاتقل ذلك(١). وأصر أبو ذر على رأيه مخافة أن يتخذ قول معاوية ذريعة الى احتجاز هذا المال عن أصحاب الحقوق فيه(٢).

أقســـام الملكيـــة

والملكية بوجه عام تنقسم الى عدة أقسام باعتبارات مختلفة :

(أ) فتنقسم أولا باعتبار المالك

ينقسم الملكية باعتبار المالك الى قسمين :

(١) ملكية عامة أو جماعية

....

(١) انظر بحث الملكية الفردية وتحديدها للاستاذ الشيخ على الخفيف كتاب أعمال المؤتمر الاسلامى الاول سنة ١٩٦٤ ص ١١١

(٢) المرجع السابق

(٢) ملكية خاصة أو فردية - وقد سبق الكلام على كل من النوعين .

(ب) وينقسم ثانيا باعتبار الشيء المملوك الى قسمين :

(١) القسم الاول : ملكية تامة :

وهى التى يملك فيها المالك العين والمنفعة وتملك الانسان العين المملوكة على هذا النحو يجعل له حق التصرف فى العين ، وفى المنفعة بجميع أنواع التصرف الجائزة شرعا مثل البيع والهبة . والوصية . والاجارة . والعارية . كما أن له من باب أولى الانتفاع بهذه العين بجميع الوجوه من غير تقييد بزمن أو حال أو مكان مالم يمنع من ذلك مانع[1].

(٢) القسم الثانى : ملكية ناقصة :

وهى التى يكون المملوك فيها العين وحدها أو المنفعة وحدها - وذلك مثل الوصية بمنفعة الدار لشخص مدة حياة الموصى له - فان المنفعة تكون ملكا له فى هذه المدة ، والعين تكون ملكا للورثة ، وكما فى الاعاره فان العين تكون ملكا للمعير ، والمنفعة المستوفاة ملكا للمستعير .

(ج) وتنقسم ثالثا : باعتبار مصادرها الى قسمين :

(١) القسم الاول : تملك بمقابل مالى :

ومصادر هذا القسم - البيع - والسلم والشفعة - وهبة الثواب عند من يقول بصحتها .

(٢) والقسم الثانى : تملك بدون مقابل مالى :

ومصادر هذا القسم هى احياء الموات - الصيد - الوصية - الميراث - الهبة المطلقة الاقطاع عند من يرى أنه مصدر مستقل للتملك وهم المالكية - الحمى الوقف.

(د) وينقسم باعتبار الانتقال وعدمه الى عقار والى منقول :

القسم الاول العقار :

تعريفه : عرفه الجمهور بأنه مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وهذا يصدق على الارض مطلقا ، سواء أكانت أرضا معدة للزراعة أو للبناء أو كانت صحراء .

....

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهره ص ٦٥

وعرفه المالكية بأنه ماله أصل ثابت لايمكن نقله وتحويله من مكان الى مكان آخر مع بقاء هيئته وشكله ٠

وبناء على هذا فان البناء والشجر والنخل عقار عندهم اذ البناء حينما ينقل من مكانه لايبقى على شكله وصورته بل يصير البناء أنقاضا والشجر الذى له أصل ثابت مستقر عند نقله من مكانه لايبقى على شكله بل يصير أخشابا لا شجرا وهذا يعتبر كله منقولا عند غير المالكية اذ العقار عندهم لايكون الا الارض فقط فهى التى لايمكن نقلها وتحويلها من مكان لاخر٠

القسم الثاني : المنقول :

وأما المنقول فقد عرفه الجمهور بأنه ما أمكن نقله وتحويله من مكان لاخر فيشمل كل ماعدا الارض من بناء وشجر وزرع وحيوان وسفن وكل مكيل وموزون وكل ما يمكن نقله من مكانه على أى وجه كان بحالته التى هو عليها أم بغير حالته ٠

وأما تعريفه عند المالكية ٠ فقد عرفوه بأنه ما أمكن نقله من مكان لاخر مع بقاء هيئته وشكله أى بحالته التى هو عليها كالدابة ـ والسيارة ـ وكل مال مستقل بذاته غير متصل بالارض ٠

المختار :

والحق أن تعريف المالكية أكثر واقعية فى نظرى لان مانرى من العمارت الشامخة والاشجار السامقة التى تعيش عشرات السنين ان لم يكن مئات السنين لايمكن أن تتساوى فى الاعتبار بالسيارة والكرة مثلا فتلك الى العقارات أقرب ٠

أثر الخلاف

ويترتب على هذا الخلاف فى تعريف كل من العقار والمنقول خلاف فى بعض أبواب الفقه ٠

وذلك كما فى الشفعة اذ أنها تثبت فى العقار فقط ٠ وعليه فقد تثبت فى بعض الاشياء عند من يرى أنها عقار بينما لاتثبت على رأى البعض الاخر الذى يرى أنها ليست بعقار ٠

وكما فى الوقف فبعض الفقهاء يجعلونه فى العقار أصلا ولا يكون فى المنقول الا تبعا ، وعلى حسب التفرقة بين العقار والمنقول يحكم على الشىء الموقوف هل هو موقوف أصلا أم تبعا ، ؟ فما يوقف عند قوم تبعا قد يكون موقوفا عند غيرهم أصلا .

وكذلك بالنسبة للمدين فان مايباع وفاء للدين الذى عليه هو المنقول أولا ثم العقار ، وبناء على الخلاف المتقدم فقد تباع أشياء أولا لاعتبارها منقولا عند قوم بينما يرى قوم أخرون تأخيرها فى البيع لاعتبارها عقارا (١) .

اقسام مصادر التملك

المصادر جمع مصدر — ومصدر الشىء أصله ، وسببه تقول مصدر الخير هو الله أى أنه سببه وعن طريقه يأتى ، وتقول المصدر أصل الاشتقاق أى طريقة وسببه ، وعلى ذلك فحين تقول مصادر التملك ، تقصد طرائقها وأسبابها التى تأتى منها ، ومعنى التملك الاستيلاء عن قوة وقهر ، وقد سبق بيان ذلك .

اقسامها

(أ) تنقسم مصادر التملك أولا من حيث انشاء الملكية أو نقلها الى قسمين :

(١) القسم الاول : مصادر منشئة للملكية بادئ ذى بدء ، وذلك حيث لم تكن على الشىء المراد تملكه ملكية محترمة لاحد ، ويدخل فى هذا الاستيلاء على المباح كالصيد ، والاستيلاء على الغنائم الحربية وما فى حكمها ، لان ملك الحربى عليها غير محترم اذ أنه لا احترام لدمه فكيف يكون هناك احترام لماله ؟ يقول ابن تيمية ان الله انما خلق الاموال اعانة على عبادته لانه انما خلق الخلق لعبادته فالكافرون به ، أباح أنفسهم التى لم يعبدوه بها ، وأموالهم التى لم يستعينوا بها على عبادته ، لعباده المؤمنين الذين يعبدونه وأفاء عليهم مايستحقونه كما يعاد على الرجل ماغصب من ميراثه وان لم يكن قبضه قبل ذلك (٢) .

....

(١) انظر الفقه الاسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور ص ١٦٩ — ١٧٠

(٢) السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لابن تيميه ص ٤٠

ويقول الاستاذ الشيخ محمد السايس ويدخل فى هذا السبب الاستيلاء على الغنائم الحربيه لان أموال الحربيين تعتبر مباحة لان المال المباح هو الذى لم يدخل فى ملك يحترمه الشارع . ولم يوجد مايمنع شرعا من تملكه ومال هؤلاء غير محترم فى نظر الاسلام[1] .

(٢) القسم الثانى : مصادر ناقله للملكية وهذه تشمل التصرفات الناقلة للملكية من حيز الى حيز ـ وهذا القسم نوعان :

(أ) قسم ناقل للملكية عن طريق العقد ويدخل تحت هذا النوع كل العقود مثل البيع ـ والهبة وماليهما .

(ب) والنوع الثانى ـ ناقل للملكية بطريق الخلافة وهو الميراث ـ والوصية على رأى من قال بوجوبها فى المال ولو لم يوص ، وهو بن حزم .

(ب) وتنقسم ثانيا : بالنظر الى كيفية انعقادها الى ثلاثة أقسام :

(١) مصادر قوليه ـ مثل البيع والهبة ـ والوصية .

(٢) مصادر فعليه مثل احياء الموات ، والاستيلاء على الغنيمة والصيد .

(٣) مصدر اعتبارى اعتبره الشارع ناقلا للملكيه من غير حاجة الى قول أو فعل وذلك هو الميراث والوصية على رأى بن حزم .

(ج) وتنقسم ثالثا : الى مصادر ناقلة للملكية بمقابل ، والى مصاردر ناقلة لها بدون مقابل وقد مربيان هذين القسمين .

(د) وتنقسم رابعا : من حيث نوع الملكية التى تثبتها الى مصادر للملكية العامة ومصادر الى الملكية الخاصة .

(١) فمصادر الملكية العامه هى الاستيلاء بالفتح العسكرى .

(٢) والوقف على قول من يقول ان العين تخرج بالوقف الى حكم ملك الله تعالى .

(٣) الحمى

....

(١) بحث ملكية الافراد للأرض ومنافعها فى الاسلام الكتاب الاول لاعمال مؤتمر مجمع البحوث الاسلامية ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥ مارس سنة ١٩٦٤ م

وأما مصادر الملكية الخاصة فهي :

(١) احياء الموات (٢) الهبـة

(٣) الوصيـه (٤) الميراث

ولا يفوتني أن انبه الى أن هذا التقسيم باعتبار الغالب والكثير والا فقد يكون المصدر مصدرا للملكية العامه ومصدرا للملكية الخاصة وبالعكس.

وبعد فلعلي بعد هذا كله أستطيع القول بأنني قد اقتصرت على الكتابه في موضوع مصادر تملك الارض بدون مقابل مالي لان الكلام على المصادر كلها متعذر ان لم يكن أكثر من متعذر على الأقل بالنسبة لرسالة واحده هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان ابراز مصادر التملك بدون مقابل مالي، على شكل موضوع متكامل الاطراف يبرز بشكل واضح ما ين عليه التشريع الاسلامي من سماحة وتعاطف، تغنينا عن البحث في هذا المكان أو ذاك عن ا نظام يسد حاجة الجماهير الملحة الى المساواة والعدل والانصاف ومن يتبع غير الاسلام دينا فلن يقبل منه ، وهو في الاخرة من الخاسرين .

وبعد فاني اضرع الى الله القوي القادر أن يلهمني السداد وأن يوفقني الى مافيه الخير والرشاد .

البـــاب الأولـــــ

مصـــادر الملكيـــــة العـامــــة

وفيـه فصــول :

الفصل الأول: الاستيلاء على الأرض بالفتح العسكرى : وفى هذا الفصل مباحث :

المبحث الأول : الجهاد فى الاسلام وفيـه مطـالب :

المطلب الاول : فى حاجـة الحق الى قوة تحميـه .

المطلب الثانى : فى الاسـلام ـ والسيـــف

المطلب الثالث: لا اكـراه فى الديـــن

المطلب الرابع : لماذا يدخل الاسلام الحــــرب ؟

المطلب الخامس: فرض الجزية لايشكل اكراها على الدخول فى الاسـلام .

المطلب السادس : قتل المرتد لايشكل اكراها على البقاء فى الدين

المطلب السابع : التطبيق العملى فى صدر الاسلام لم ينطو على اكـراه أحـد .

المبحث الثانى : هل يصلح الاستيلاء بالفتح أن يكون مصدرا للتملك ؟ وفيـه مطلبـان :

المطلب الاول : فى استيلاء المسلمين على أموال الحربيـه

المطلب الثانى : فى استيلاء الكفار الحربين على أموال المسلمين

المبحث الثالث : فى الغنيمـة ـ والفئ وفيـه مطلبـان :

المطلب الاول : فى الغنيمـــة

المطلب الثانى : فى الفـيء

المبحث الرابع : أقسام الارض وفيـه مطـالب :

المطلب الاول : فى الارض التى يسلم عليها أصحابهـا

المطلب الثانى : فى أرض الصلـــح

المطلب الثالث : فى الأرض المملوكـه للـدولـة

المبحث الخامس : القسم الرابع العاشر من أرض العنوة وفيه مطالب :

المطلب الاول : فى سبب الخلاف فى هذه الارض ، وبيان الاصول التى بنيت عليها ، والكلام على آيات الغنيمة والفىء

المطلب الثانى : فى فتح خيبر وبيان نوع الملكية التى طبقت عليها .

المطلب الثالث : فى فتح مكه وبيان نوع الملكية المطبق عليها .

المطلب الرابع : فى مسلك عمر فى الارض التى فتحت فى عهده ونوع الملكية المطبقة عليها ، فى فتح سواد العراق .

المطلب الخامس : فى فتح مصر ونوع الملكيــة المطبقه عليهــا

المطلب السادس : فى فتح الشام ونوع الملكية المطبقــة عليــه

المطلب السابع : فى تملك الدور والمساكن ونوع الملكية المطبقــه عليهــا

المطلب الثامن : فى حكم تصرفات واضعى اليد على الارض الخراجيــه

المطلب التاسع : أرض العشر والخراج وهل يجمع بينهمــا ؟

المبحث الأول

الجهاد فى الاسلام

المطلب الأول

حاجة الحق الى قوة تحميه

من المسلم به أن الخير والشر صنوان فى الحياة فلا يكاد يخلو منهما زمان ولامكان ، بل ان كيان الانسان نفسه ميدان لها تين القوتين لكل منهما أثرها فى توجيه حياته وكل منهما تحاول أن تسيطر على زمامه وتؤثر فى سلوكه كما قال تعالى (ونفس وما سواها فألهمها فجورها وتقواها)(1) وقال (وهديناه النجدين)(2) ولما كان الشر يمكن أن يتغلب على الانسان لانه يتأثر لنا بالماديات التى يعيش فيها والمحسات التى تعمل عملها فى نفسه ولما كان لهذا الامر خطوره المحقق على الانسان فى عاجله وآجله ، كان لابد من مذكر بديم تذكير الانسان بحقيقة وجوده فى الحياة ويجلى له الغاية التى من أجلها خلق وينمى فى نفسه عوامل الخير ، ويهذب دواعى الشر عنده ولقد كان هذا المذكر هم الرسل عليهم الصلاة والسلام فكانت الرسل تترى فى كل زمان وفى كل مكان فما من قرية الاخلا فيها نذير حتى لايكون للناس على الله حجه ، كما قال تعالى (رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل)(3) وكما قال تعالى (ثم أرسنا رسلنا تترى كلما جاء أمة رسولها كذبوه فأتبعنا بعضهم بعضا ، وجعلناهم أحاديث فبعدا القوم لايؤمنون)(4) فأنبياء الله ورسله هم أطباء الانسانيه وأساتها . ومن حكمة الطبيب أن يجعل لكل حال حالا وأن يصف لكل داء دواء وحين يحمل رحمة السماء الى الارض فانما هى دواء تستقيم عليه نفوس ، وتضيق به نفوس ، وتنفتح له قلوب وتستغلق دونه قلوب ان النور

....

(1) الايات ٦ ـ ٩ من وسورة الشمس (2) الايه ١٠ من سورة البلد
(3) (4) الايه ٤٤ من سورة المؤمنين

الذى يغمر الوجود نعمة يسعد بها الناس ويحيا به الأحياء وتنكشف به مسالك الطريق الى أبواب الرزق ، ولكن هذا النور بماله من هذا الفضل هو عدو مبين للخفافيش يعزله عن الحياة ويعمى عينيه عن موارد الرزق ومواقع الخير انه لايعيش الا فى الظلام الحالك .

ومن الناس من ارتكست نفسه وانتكست طبيعته فلا ينتفع بنور السماء ولايتقبل الهدى الذى جاء به الرسل ولايقف به الأمر عند هذا الحد ، بل يحاول جاهدا أن يطفىء هذا النور ، ويعوق هذا الهدى ، فانها فى تقديره العدو المبين .

ولكى يصل هذا النور الى الناس جميعا ، فلابد من أن تزول من طريقه العقبات وأن تذلل أمامه السبيل من هنا كانت كل رسالة سماوية مضطرة لان تحمل به معها من القوى القدر الذى يناسب قوى الشر والعدوان التى تمنع تقدمها وتكفل لها الحماية والاستمرار فاذا كان العناد اجماعيا ، بأن كان الشر متغلبا على الجماعة كلها آخذا عليها أمرها كله كان العقاب على قدر الجرم افناء جماعيا واهلاكا مبيدا يأتى على كل شىء ، قال تعالى (وقالوا لاتذرن الهتكم ولاتذرن ودا ولا سواعا ولا يغوث ويعوق ونسرا وقد أضلوا كثيرا ، ولاتزد الظالمين الا ضلالا مما خطيئاتهم أغرقوا فأدخلوا نارا فلم يجدوا لهم من دون الله أنصارا وقال نوح رب لاتذر على الارض من الكافرين ديارا انك ان تذرهم يضلوا عبادك ولا يلدوا الا فاجرا كفارا (١)) .

وكذلك كان الشأن مع قوم هود فقد أرسل الى عاد يدعوهم الى الله سبحانه مالهم من اله غيره ، فكان ردهم أجئتنا لنعبد الله وحده ، ونذر ما كان يعبد آباؤنا فأتنا بما تعدنا ان كنت من المرسلين ؟ (٢) .. وقالوا سواء علينا أوعظت أم لم تكن من الواعظين ان هذا الا خلق الأولين فكان الرد الذى يتفق مع ما صارت اليه طباعهم ، وانحطت اليه هممهم وأخلاقهم ، فكذبوه فأهلكناهم ان فى ذلك لآية وما كان أكثرهم مؤمنين وتفسر آية القمر نوع هذا الاهلاك فتقول

....

(١) الايات ٢٥ ـ ٢٧ من سورة نوح (٢) الايات ١٣٥ ـ ١٣٨ من سورة الشعراء

انا أرسلنا عليهم ريحا صرصرا فى يوم نحس مستمر، تنزع الناس كأنهم أعجاز نخل منقعر فكيف كان عذابى ونذر[1]. فأما اذا كان فى الجماعة راشدون رأوا الهدى فاهتدوا وسمعوا منادى الحق فأجابوا فان النجاة من العذاب تكون حظا لهم فى الدنيا والآخرة عدلا من الله ورحمة .

كما قال تعالى لسيدنا نوح وأوحى الى نوح أنه لن يؤمن من قومك الا من قد آمن فلا تبتئس بما كانوا يفعلون واصنع الفلك بأعيننا ووحينا ولاتخاطبنى فى الذين ظلموا انهم مغرقون[2] .

وكذلك حين أنزل الله عقابه على قوم لوط كان الراشدون منهم بمنأى عن العذاب ناجين من غضب السماء يقول تعالى (كذبت قوم لوط بالنذر انا أرسلنا عليهم حاصبا الا آل لوط نجيناهم بسحر نعمة من عندنا كذلك نجزى من شكر[3])

جزاء وفاقا وصدق الله العظيم حيث يقول فكلا أخذنا بذنبه فمنهم من أرسلنا عليه حاصبا ومنهم من أخذته الصيحة ومنهم من خسفنا به الارض ومنهم من أغرقنا وما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون[4] .

هذه حقيقة حفظها التاريخ ... وبنيت عليها الرسالات السماويه كما قال تعالى ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس يقول ابن القيم بصدد هذه الايه من عدل عن الكتاب قوم بالحديد ، وقد روى عن جابر بن عبدالله رضى الله عنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضرب بهذا يعنى السيف من عدل عن هذا يعنى المصحف ولايظن ظان ، أن فى مثل هذا اكراها على اعتناق الاسلام كلا فان من تعاليم المصحف عقد الجزيه ، والمعاهدات ، وعقد الامان وغير ذلك مما يحفظ حرية العقيدة ويهىء لأبناء الامة كلها على اختلاف

....

(١) الآيات ٢١ ـ ٢٢ من سورة القمر (٢) الآيات ٣٧ ـ ٣٨ من سورة هود
(٣) سورة القمر الآيات ٣٣ ـ ٣٥ (٤) العنكبوت الآيه ٤٠

معتقداتهم حياة سعيدة متكافئة / من هذا التمهيد الموجز يتضح لنا أن الاسلام لم يكن هو وحده الذى رفع السيف يتقى به كيد الكائدين ويدفع به بغى الباغين فهذه هى الرسالات السابقة عليه جميعا قد حملت مع ما حملت من نور الهدايه وضروب الرحمة صورا مختلفة من النذر، والوانا متعددة من النكال لمن كذب الرسل واعترض طريق الحق فهل طوفان نوح أوصواعق عاد أو مرسلات هود ولوط أقل اهلاكا وتدميرا مما فعلت سيوف المسلمين بالعصاة والمكذبين المعوقين ؟ وهل ماوقع لبنى اسرائيل من مسخ وارتكاس من الطبيعة البشرية الى طبيعة القردة والخنازير (دون ما أحدثت سيوف الاسلام ؟ ليس الاسلام بدعا من بين الرسالات السابقة فى الالتجاء الى القوة حين لم يجد اللين ولم ينفع النصح ، ولم تغن البينات، بل ان السيف الذى سله الاسلام مرغما لارحم كثيرا مما حل بالمعاندين من المخالفين للرسل فى الامم السابقة .

ولقد كانت السماء فى الرسالات السابقة هى التى تتولى تأديب العصاة ، فأما الرسالة الاسلامية فقد وكلت هذا الأمر الى النبى صلى الله عليه وسلم ومن معه من المؤمنين وذلك حتى يتأكد مقام الاسلام فى دنيا الناس، وترسخ قواعده وليكون للمؤمنين فى كل زمان ومكان شرف المشاركة فى هذا الغرس الطيب الذى غرسه النبى صلى الله عليه وسلم فيرعوه حق رعايته وحتى يجد الناس فيه ريح الانسان فيأنسوا اليه ويخلطوا أنفسهم به . وفى هذا ايحاء قوى بأن هذه الرسالة هى رسالة الانسانية كلها والناس جميعا مطالبون بالمشاركة فى القيام عليها ورعايتها .

ولقد وكلت هذه المهمة الى الانسان المؤمن بعد أن وصلت الانسانيه طورا من الرشد ومرحلة من حسن التقدير يؤهلانه للقيام بهذا الشرف العظيم .

ولقد ظهر التمهيد لهذا التحول منذ الرسالة الموسويه وما بعدها ففيها أول دعوة للانسان من أجل أن يحمل راية الجهاد فى سبيل الله ونصرة الحق ذلك حينما طلب موسى عليه السلام من قومه أن يدخلوا الارض المقدسة

وان يقوموا بتطهيرها من الملحدين فأعرضوا عن هذا النداء وترددا رجبنا حيث لم يكن لهم بهذا الامر سابق عهد: يتضح لنا هذا من الحوار الذى دار بين موسى وقومه كما يحكيه القرآن الكريم فيقول (ياقوم ادخلوا الارض المقدسة التى كتب الله لكم ولاترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين قالوا ياموسى ان فيها قوما جبارين وانا لن ندخلها حتى يخرجوا منها فان يخرجوا منها فانا داخلون قال رجلان من الذين يخافون أنعم الله عليهما ، أدخلوا عليهم الباب فاذا دخلتموه فانكم غالبون وعلى الله فتوكلوا ان كنتم مؤمنين ، قالوا ياموسى انا لن ندخلها أبدا ماداموا فيها فاذهب أنت وربك فقاتلا انا ههنا قاعدون ، قال رب انى لا أملك الا نفسى وأخى فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين ، قال فانها محرمة عليهم أربعين سنة يتيهون فى الارض فلا تأس على القوم الفاسقين (١)) .

وعلى ذلك فهى محرمة عليهم أبد الآبدين ، اذ المدة المذكورة هى مدة التيه وليست مدة التحريم (٢) . وعلى هذا فان استولوا عليها كما هو الحال الآن فانها تكون مغصوبة ولا وجه لهم للبقاء فيها ، فقد حرمهم الله منها عقوبة لهم على جبنهم وعصيانهم وزادهم عقوبة أخرى هى أن يتيهوا فى الصحراء أربعين سنة وبناء على هذا فواجب كل مسلم هو العمل على تخليص هذه الارض وتحريرها حتى تعود الى أصحابها الحقيقيين .

لم يقدر لاتباع موسى عليه السلام أن يتحملوا هذا الشرف العظيم الذى ندبتهم اليه السماء فكان هذا الاجماع الآثم والنكوص عن الجهاد فى سبيل الله وعن تلقى هذا الشرف الذى يتمثل فى القيام بواجب ردع العصاه ، ومحاربة المعتدين الذى كانت تتولاه السماء ، وانتدبت له الانسان .

وعمل الزمان عمله فى بنى اسرائيل وولدت الحياة فيهم من يرض الجهاد فى سبيل الله ، وهم وان كانوا قله لايشتد بهم أزر الدعوة ولاتقوم بهم

....

(١) الآيات ٢٠ ــ ٢٦ من سورة المائدة .

(٢) وذلك لان العامل فى أربعين ــ الفعل يتيهون وليس محرمه وهو قول لجماعة من المفسرين منهم ابن عباس رضى الله عنهما ــ راجع تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ٢ ص٤٠

رسالة الا أنه على كل حال كان تطورا نحو قيام الانسان بهذه المهمة ، وتأهيله للاضطلاع بهذا الدور العظيم يقص علينا القرآن الكريم نبأ ذلك فيقول (ألم تر الى الملأ من بني اسرائيل من بعد موسى اذ قالوا لنبي لهم ابعث لنا ملكا نقاتل في سبيل الله ، قال ، هل عسيتم ان كتب عليكم القتال ألا تقاتلوا ؟ قالوا ـ ومالنا ألا نقاتل في سبيل الله وقد أخرجنا من ديارنا وأبنائنا .

فماذا كان منهم بعد أن أظهروا رغبتهم في القتال واستعدادهم له ؟ يجيبه القرآن الكريم (فلما كتب عليهم القتال تولوا الا قليلا منهم والله عليم بالظالمين)(١)

وحتى هذه القله التى قبلت مبدأ القتال باعتباره ضرورة ملحة من أجل بقائهم وبقاء ديارهم حتى هؤلاء كانت تتنابهم بين الحين والاخر موجه من التردد وانحلال العزيمة يفقدهم استعدادهم للانتصار يقول الله تعالى (فلما فصل طالوت بالجنود قال ، ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فانه مني الا من اغترف غرفة بيدة فشربوا منه الا قليلا منهم حتى الذين نجحوا في هذا الاختبار المبدئي خارت قوتهم لهول المفاجأه وشدة مارأوا مما ليس لهم به عهد// فلما جاوزه هو والذين آمنوا معه قالوا لا طاقة لنا اليوم بجالوت وجنوده ولم تثبت الا فئه تعمق ايمانها وحسن بالله ظنها فأيقنت أن النصر من عند الله . قال الذين يظنون أنهم ملاقوا الله لكم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين ، ولما برزوا لجالوت وجنوده قالوا ربنا أفرغ علينا صبرا وثبت أقدامنا وانصرنا على القوم الكافرين وكانت نتيجه المعركة فهزموهم باذن الله وقتل داود جالوت وآتاه الملك والحكمه)(٢) .

ذلك ماحدث مع موسى وطالوت حين كانت المهمة في بدايتها فأما حين بلغت الانسانية رشدها ووصلت الى مرحلة النضج والادراك الكاملين تغير الحال وحل مكان اذهب أنت وربك فقاتلا انا هاهنا قاعدون ومكان لا طاقة لنا اليوم بجالوت وجنوده حل مكان هذا التردد والانهزام لون رائع من التضحية والاقدام والشجاعة يعبر عنها القرآن الكريم بقوله (من المؤمنين رجال صدقوا ماعاهدوا الله عليه فمنهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر ومابدلوا تبديلا)(٣)

....

(١) الاية ٢٤٦ من سورة البقرة (٢) انظر الايات ٢٤٨ ـ ٢٥١ من سورة البقره
(٣) الايه ٢٣ من سورة الاحزاب

المطلب الثاني

الاسلام - والسيف

بينا فيما سبق أن كل حق يريد أن يحيا فلابد له من قوة يرتكز عليها ولقد كانت القوة دعامة مهمة ارتكزت عليها الرسالات السماوية السابقة وليس الاسلام بدعا من الرسالات السابقة على أنه كان أقل استعمالا للقوة من أى دين سبقه حيث لم يستعمل الابادة الجماعيه ولا الاهلاك العام ، من الخسف والصعق وغيرهما ، وبالرغم من وضوح هذه الحقيقة التى كان يمكن أن تمر عليها مرورا عابرا ، الا أنه قد ارتفعت أصوات منكره وعبثت أقلام مشبوهه دفعها حقدها الاسود على الاسلام ومبادئه لكى تروج بين الجاهلين بالاسلام أو الحاقدين عليه فرية مشبوهة وكذبة مفضوحة وهى أن الاسلام لم ينتشر الا بالسيف وأنه لولا السيوف التى سلت على الرقاب ، والرماح التى وخذت الافئدة ، والسياط التى ألهبت الظهور وحاجة العرب الملحة الى مايسد رمقهم فاندفعوا الى ربوع الدنيا مستترين بالدين وهم فى الحقيقة يريدون الكسب المادى وتحصيل القوت ووجدوا الفرصة مواتية فى فريضة الجهاد لولا ذلك كله ما قامت للاسلام قائمه وما ارتفعت له رايه وقبل تنفيذ هذه الفريه وبيان بطلانها وايضاح أن الاسلام لم يكره أحدا على الدخول فيه لابالتشريع والقانون: ولا بالتطبيق والسلوك .

ونظرا لان هذه الدعوى تنبعث من أفواه المسيحين وأكثر الناس عزاما بنشرها هم المستشرقون منهم فاننى أجدنى مضطرا لالقاء نظرة موجزه على ما فعلته المسيحية مع المخالفين لها من أبناء الاديان الاخرى بل ما فعلته الطائفة الكاثوليكية بالمخالفين لها فى الطائفة من أبناء المسيحية أنفسهم .

لقد كانت المسيحية مضطهدة من الرومان قبل أن يعتنق الحاكم الرومانى قسطنطين الديانه المسيحية وكان القائمون على شئونها يتظاهرون بالتسامح ، بينما هضون الاضطهاد وحين بدأت السلطة تزلف الى أيديهم ظهروا على حقيقتهم وراحوا ينكلون بالأبرياء يسومونهم سوء العذاب بذنب وبغير ذنب .

يقول الدكتور توفيق الطويل (أما عن آباء المسيحيه فقد تشعبت وجهات نظرهم وفقا للظروف التى أحاطت بهم فناهضوا الاضطهاد وتددوا بالتعصب يوم كانت السلطة فى أيدى خصومهم ممن لا يدينون بدينهم فلما تمكن نفوذ الكنيسة وتهيأت السلطة لرجالها وأصبح فى مقدورهم أن يتحكموا فى خصومهم تولاهم التزمت ونزعوا الى الاضطهاد (1) .

ولقد مكن لهذا الاضطهاد وزاد من ضراوته اضفاء صفة الشرعية الدينية عليه فقد كان الكهنة يباشرون سلطانهم على العامة زاعمين أنهم يستمدون سلطاتهم من السماء وأنهم الممثلون الوحيدون لهذه السلطة المقدسة ومايصدرون من أحكام انما هى تعبير عن ارادة اللـه تعالى ومشيئتهم هى مشيئة اللـه وكان سندهم فى ذلك نص فى الانجيل يقول (أعطيك ملكوت السموات فكل ما تربطه على الارض يكون مربوطا فى السموات وكل ما تحله على الارض يكون محلولا فى السماء (٢))

من هنا اتخذت مطاردة الملحدين شكل القانون الواجب التنفيذ بل انه أصبح تشريعا مقدسا قداسة التعاليم الدينية الاخرى بناء على ما جاء بالانجيل منسوبا الى السيد / المسيح عليه السلام أنه قال لحواريه (أجبروهم على اعتناق دينكم) فكان ذلك بمثابه النص الدستورى الذى تلتزم به الكنيسة والسلطة معا .

كذلك فقد لعبت عقيدة الخلاص دورا بالغ الأيجابيه فى ارساء مبادئ الأضطهاد وتعميق جذوره اذ أثمرت هذه العقيدة وجوب التنكيل بكل من يأبى الأذعان للكثلكة واعتبرت المخالفة فى العقيدة أعظم خطيئة يقاسى أصحابها صنوف الالام فى الدنيا علاوة على ما ينتظرهم عند الربه (٣) . وأضحى واجب مطاردة المخالفين واجبا دينيا مقدسا لا يحتفظ الحاكم بكرسيه الا اذا قام به على الوجه الاكمل فاذا أهمل أو قصر

....

(1) قصة الاضطهاد الدينى للدكتور توفيق الطويل ص ٤٦

(٢) المرجع السابق نقلا عن انجيل متى ـ الأصحاح السادس عشر الايه ١٩

(٣) ومعنى عقيدة الخلاص أنه لا سبيل الى الخلاص الا عن طريق الكنيسه الكاثوليكيه وحدها وأنه لابد من الأيمان بأن الذين لا يذعنون لسلطان الكنيسة ولا يعتقدون بصدق نظرياتها تحيق بهم اللعنة الأبديه لا محالة .

انتزع منه عرشه وبذلك استطاعت الكنيسه الكاثوليكيه أن تصبغ الحياة السياسية والدينية والاجتماعية باللون الذى أرادته وأن ترسم لها المنهج الذى ارتضته وتمكنت بذلك أن تكون هى وحدها مصدر اشباع حاجات الناس الروحيه والعقلية ، والوجدانيه رضى بذلك الناس أم لم يرضوا .

ولقد استمر الحال كذلك حتى تفجرت الثورة ضد الكنيسه وضاق الناس بها ذرعا وبدأ الانقلاب الخطير فى مرافق الحياة فى أوربا كلها الا أن الكنيسة لم تستسلم لهذا التمرد على سلطانها ، ولم تحاول أن تلائم بين طموحها فى التسلط ومتطلبات الجماهير فى التحرر والانطلاق من أغلالها وبدلا من أن تصنع شيئا يهدئ من ثورة الجماهير حتى ولو من قبيل امتصاص الغضب الجارف ، أو من قبيل الالتفاف من حولها لاحتوائها وحصر تيارها العارم بدلا من أن تفعل شيئا كهذا أعلنت المقاومة بأقسى أنواع العنف وأن أى حاكم كان يقصر فى تنفيذ أوامر البابا ، فانه يكره على التنفيذ وتصادر أمواله ، وتباع لأتباع الكنيسه (1) . وتنفيذا لهذه السياسه قامت معارك طاحنه وسالت الدماء أنهارا .

محاكم التفتيش

ولقد كانت رغبة السلطات الكنسية ملحة فى التعرف على خلجات نفوس المخالفين ونبضات قلوبهم فراحت تفتش فى كل مكان عمن كانت تسميهم بالملحدين .

واحكاما للسيطرة فقد أنشأت ما يسمى بمحاكم التفتيش أو ديوان التحقيق سنة ١١٢٣ قام بانشائها البابا (جيرجورى) فى عهد لويس التاسع ملك فرنسا ـ ثم أكد استمرارها أمر بابوى (أصدره توسنت الرابع) سنة ١٢٥٢ وأضحى هذا النظام . جزءا رئيسيا من الكيان الاجتماعى فى الدولة ـ والمدينه ـ وكان المعينون للتنفيذ رهبانا أعطيت لهم سلطة السعى باسم البابا لاكتشاف الملحدين ، وكانوا بحكم عضويتهم فى هذه المحاكم أصحاب نفوذ واسع النطاق حتى لا يجوز أحد أن يسألهم عن شيء ، ولقد توطد هذا النظام وانتشرت هذه المحاكم حتى غطت العالم المسيحى كله بشبكة لا سبيل الى

....

(1) قصة الاضطهاد الدينى ص ٦٦ ـ ٦٧

اتقائها حتى انجلترا التى قيل انها نجت من هذا النظام فان الحكومه فى عهد هنرى الرابع، والخامس طاردت الألحاد وجعلت عقوبة استعمال الخازوق تحت تمثال معين سنة ١٤٠٠م .

أسلوب عمل هذه المحاكم

(١) أصدر فردريك الثانى فى القرن الثالث عشر تشريعا تقضى بموجبه هذه المحاكم وكان هذا التشريع يقضى باهدار دم الملحدين ومصادرة أملاكهم واحراق غير المرتدين الى الدين وسجن من تاب ورجع الى اعتناق دينه واعدام من عاد فارتد ملحدا .(١)

(٢) وفى سبيل العثور على كل ملحد مهما ظن أنه بعيد عن مطاردة السلطات الدينيه والتنفيذيه أصدرت الكنيسة (فرمانا) يسمى فرمان الأيمان وكان هذا الفرمان يقضى بتجنيد الناس جميعا فى خدمة محاكم التفتيش اذ أوجب على كل انسان أن ينهى للسلطة فى غير تباطؤ كل اشاعة تترامى الى سمعه عن أى ملحد، وللمقصرين عقابهم الدينى، والدنيوى معا، ولهذا فلم ينج احد من اشتباه جيرانه وسوء الظن به حتى فى نطاق أسرته، ولم تكن هناك حيلة أبرع من هذه الحيلة الماكره فى قهر الناس جميعا، حيث رفعت التجسس الى مرتبة الواجب الدينى المقدس .

(٣) كما كان من المبادىء المطبقة فى سير المحاكمة لدى هذه المحاكم، هو الان يدان مائة برىء زورا وبهتانا خير من أن يفلت من العقاب مذنب واحد وأن المتهم مذنب حتى تثبت براءته على العكس تماما من النظريه الاسلامية التى تقول لان يخطىء الامام فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة والتى توجب درء الحدود بالشبهات بل والمبدأ القانونى الشائع، المتهم برىء حتى تثبت ادانته .

(٤) لقد كان كل شىء فى هذه المحاكم متناقضا فلقد كان القاضى، هو المدعى وكل من يتقدم للشهادة ضد المتهم تقبل شهادته حتى ولو كان من أرباب السوابق فلقد كانت قاعدة الشهادة عليه طلقة مرنه، أما، قاعدة الشهادة له فقد كانت مقيدة مضيقة كان من حق اليهود، والمغاربه، والخدم والأقارب حتى الدرجة ....

(١) المرجع السابق ص ٧١

الرابعة أن يقدموا أدلة ضد المتهم لأثبات ادانته فأما اذا كانت الشهادة لصالحه فهؤلاء جميعا ممنوعون من الشهادة له . ومن ساهم فى تقديم الوقود الذى يحرق به الملحد فقد استحق المغفره .

(٥) لم يكن احراق الملحد أو اعدامه يتم بسرعة اذ ليس المقصود التخلص منه بقدر ما كان المراد بث الفزع والخوف فى نفوس الناس جميعا ، المذنب والبرئ على حد سواء (على حقد قول القائل - كالثور يضرب لما عافت البقر) فكانت توقد فى جسده وهو حي نار بطيئة لاتأتى عليه مرة واحدة ، وكان لهذا تبرير عجيب ، فقد كانوا يزعمون أن فى اطالة تعذيبه فسحة من الوقت يتمكن فيها الملحد أن يعلن توبته ، وربما أضيف الى ذلك لون آخر من التعذيب حتى ولو أقر بذنبه وأعلن توبته لعل ذلك يساعد على اكتشاف شركاء له فى الجريمة (١) .

اسـاء باحسان

لم يكن هذا الأضطهاد بأساليبه المروعة مقصورا على طائفة دون طائفة بل لم يكن هناك فرق بين بروتستانتى أو أرثوذكسى أو مسلم أو يهودى الكل فى نظر الكنيسة الكاثوليكية سواء وانك لتعجب حين تعلم أن المسلمين قد اسدوا لأوربا المسيحية عن طريق الأندلس والتجاره بل وحتى عن طريق الغزوة الصليبيه التى اجتاحت المشرق الاسلامى على مدى قرنين من الزمان أسس النهضة الشامله فى العلوم والفنون والاداب وجميع المعارف الانسانيه والعلميه والكونيه . ثم يكون رد الجميل ، ومقابلة المعروفه أن تجتاح ملايين المسلمين بالأندلس فتسيل دماؤهم أنهارا على الارض الاسلامية ومن بقى فاما مكره على اعتناق المسيحيه أو فار هربا على أبشع صورة تأباها الانسانية لم يشهد التاريخ لها مثيلا .

وانني لتعروني الدهشة الشديده وتنتابنى الحيرة فى أمر المسلمين الذين لم يتبينوا حتى الآن هذا المخطط المدروس بعناية فائقه لاجلاء المسلمين عن ديارهم بالتآمر فان لم يجد فبالتقتيل والذبح ، وما يحدث بجزر الفيليبين ، وبفلسطين ،

. . . .

(١) المرجع السابق ص ٧٥

والحبشه وأفريقيا غير خاف على أحد . الحروب الصليبية قديما ، والغزوة الصهيونيه الان وما هذه الا امتداد لتلك كل ذلك ، والمسلمون فى نزاع محلى تشبوه بينهم هذه الدوائر حتى لا ينتبهوا الى عدوهم الحقيقى وذروة المأساه أن تبقى هذه الحيل تنطلى عليهم حتى اليوم : لقد كانت الكنيسة تحاول أن تفرض سيطرتها على كل عمل حتى تبقى نشاطه فى دائرتها فمثلا حركة الاكتشافات التى كان يقوم بها البحارة البرتقال كانت تصدر المراسيم البابوية تضفى عليها الصفة الكنيسه وتوجهها للعمل ضد المسلمين : فى سنة ١٤٥٤ صدر مرسوم بابوى يقول (ان سرورنا لعظيم أن نعلم أن ابننا المحبوب هنرى أمير البرتغال قد سار على خطة أبيه الملك جون ، يوصفه جنديا قديرا من جنود المسيح ليقضى على أعداء الله أعداء المسيح من الكفرة المسلمين . (١)

هذا بعض من كل تقف الطرف عنه أوربا المسيحيه ومن يدور فى فلكها من الحاقدين على الاسلام ثم تحاول رغم ذلك أن تشوه المبادئ الوضيئة والعدالة المطلقة للاسلام التى اتسعت حتى جعلت البيت الواحد ذا الجدران الأربعة يتسع كى يعيش تحت سقفه زوج وزوجة كل منهما ينتمى الى دين يخالف دين الآخر من غير أن يكون لذلك أدنى أثر على السعادة الزوجيه .

وسوف نتناول فى المطالب التاليه بيان أن الاسلام لم يكره أحدا على الدخول فيه لا من الناحية التشريعية ولا من الناحيه التطبيقيه .

ويكفى هنا أن نذكر ما قاله السيرتوماس ارنولد : ومن المؤكد أن هذه الفتوح (يقصد الفتوح الاسلاميه) الهائله التى وضعت أساس الأمبراطوريه العربيه لم تكن ثمرة حرب دينية قامت فى سبيل نشر الاسلام ، وانما تلتها حركة ارتداد واسعه عن الديانه المسيحيه حتى لقد ظن دائما أن هذا الارتداد كان الغرض الذى يرمى اليه العرب ومن هنا أخذ المؤرخون المسيحيون ينظرون الى السيف على أنه أداه للدعوة الاسلاميه وفى ضوء النصر الذى عزى اليه حجبت المظهر الحقيقى للدعوة .

ويقول جورج سنيل (انه لن يتحرى الاسباب التى من أجلها صادفت شريعة محمد ترحيبا لا مثيل له فى العالم لان هؤلاء الذين يتخيلون أنها قد انتشرت بحد

....

(١) أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلامية ص ٢٣٣ للدكتور حامد سلطان

السيف انما يتخدعون انخداعا عظيمـا)[1]،

المطلب الثالـث

لا اكـراه فى الديـن

الكلام فى هذا المطلب ينتظم ناحيتين : الناحية الأولى : من ناحية النصوص التشريعيه . الناحيـة الثانيـة : من ناحيـة التطبيـق .

أولا : الناحيـة التشريعيـه :

بينا فى المطلب السابق فى لمحة موجزة بعض ما تنتهجه المسيحية فى مطاردة المخالفين لها ، فأما الاسلام فانه لم يمارس ضغطا على أحد سواء من ناحية نصوصـه التشريعية أو واقعه العملى لسير الدعوة الاسلاميـة .

فانـه من المسلم بـه الذى لا يتنازع فيـه اثنان أن الأكراه لا يكون العقائد ولا يربى عاطفة التدين فى قلب المكره ، بل العكس هو الصحيح فانه ينفر منها ويسىء الظن بها وبالقائمين عليها ، ولا بد لغرس العقيدة فى القلب من مناخ طيب، تهب فيـه رياح الحرية صافية نقية من كل شائبة حرية العقل وحرية الفكر كى تتاح لـه النظرة الناحصة المتأنيـه . والبحث العميق ولقد كان الاسلام أوسع الأديان أفقا فى تطبيق هذه النظرية حيث جعل اليقين الصحيح ثمرة للنظر العميق فى كتاب الكون المفتوح لقراءة الآيات المبثوثـة فى آفاقـه .

والقرآن الكريم دعوة ملحة الى معرفة الله تعالى عن طريق التدبر فى ملكوتـه والتفكر فى صفوف خلقـه وعجائب قدرتـه ، يقول تعالى (قل انظروا ماذا فى السموات والارض وما تغنى الآيات والنذر عن قوم لا يؤمنون)[2] ويقول (أو لم ينظروا فى ملكوت السموات والارض وما خلق اللـه من شيء وأن عسى أن يكون قد اقترب أجلهم فبأى حديث بعده

....

(١) انظر الدعوة الى الاسلام للسير توماس أرنولد ص١٦ ترجمة الدكتور حسن ابراهيم حسن والدكتور عبد المجيد عابدين والدكتور اسماعيل النحراوى ط ثالثة سنة ١٩٥٧

(٢) الايـه ١٠١ من سورة يونـس .

يؤمنون؟[1] ويقول (أفلا ينظرون الى الأبل كيف خلقت والى السماء كيف رفعت والى الجبال كيف نصبت والى الارض كيف سطحت[2]) وغير ذلك كثير بل ان الاسلام يرفض الأيمان يأتى نتيجة اكراه أو قهر، فيقول تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين، فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله التى قد خلت فى عباده وخسر هنالك الكافرون[3].)

ويقول فى شأن فرعون حتى اذا أدركه الغرق قال آمنت أنه لا اله الا الذى آمنت به بنو اسرائيل وأنا من المسلمين الآن وقد عصيت قبل وكنت من المفسدين[4]؛

بل انه ليعد الانسان الذى يعطل فكره ويهمل حواسه ويهدر عقله فلا يجعلها أدوات هدايه ووسائل معرفة يعده أحط شأنا من البهائم السائمة يقول تعالى (ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والأنس لهم قلوب لا يفقهون بها. ولهم أعين لا يبصرون بها. ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون[5]).

بل ان الاسلام ليرفض مبدأ الاكراه فى شتى صوره حتى ولو كان الدافع اليه رحمة من والد لولده وخوفا عليه من الغوايه والضلال فقد حدث أنه كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنان - لرجل من الانصار. وكانا قد تنصرا قبل البعثة ثم قدما المدينة فى نفر من النصارى متاجرين فى الزيت فلزمهما أبوهما - وقال لا أدعكما حتى تسلما فأبوا واختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال الوالد يارسول الله أيدخل بعضى النار وأنا أنظر ؟. فرفض الرسول عليه السلام حملهما على الاسلام بغير رضا منهما، وأمر الوالد بتخليه سبيلهما وعنا نزل قوله تعالى لا اكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى. فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها والله سميع عليم[6].

....

(١) الايه ١٨٥ من سورة الأعراف (٢) الايات ١٧ - ٢٠ من سورة الغاشيه
(٣) الايات ٨٤ - ٨٥ من سورة غافر (٤) الايات ٩٠ - ٩١ من سورة يونس
(٥) الاية ١٧٩ من سورة الأعراف.
(٦) انظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ١ ص٣١١ وحاشية الصاوى على الجلالين جـ١ ص ٩٩

لقد كانت تنتاب النبى صلى الله عليه وسلم موجات عاتيه من الاسف العميق والحزن المضنى اشفاقا على المكذبين من الهوة السحيقه التى يتدافعون اليها ومع ذلك فلم يكن من مصلحة الدعوة ولامن وسائل نشرها أن يباح له اكراه أحد • فان ذلك لن يجدى شيئا وسيكون المسلم بهذا الاسلوب عبئا على الدعوة أكثر منه فى مصلحتها يقول تعالى (منفسا عنه بعض ايمانيه) ولو شاء ربك لامن من فى الارض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين وما كان لنفس أن تؤمن الا باذن الله ويجعل الرجس على الذين لايعقلون • ثم يوجه نظرهم الى التدبر والامعان فى الكون ومابه من ظواهر وأسرار: قل انظروا ماذا فى السموات والارض وما تغنى الايات والنذر عن قوم لايؤمنون (١)) •

والآيات التى تنفى الأكراه والسيطرة كثيرة مبثوثه فى الكتاب الكريم مثل قوله تعالى (قل يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد الا الله ولانشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله فان تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون) وقال (فذكر انما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر الا من تولى وكفر فيعذبه الله العذاب الاكبر ان الينا ايابهم ثم ان علينا حسابهم (٢))

وقوله (ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى أحسن (٣)) فهذه الآيات وأمثالها ظاهرة الدلالة على أن الاسلام لايكره أحدا على اعتناقه أو الدخول فيه •

الا أنه حين وردت بعض النصوص التى يقصد بها الاسلام حماية سيرته من المتربصين به أوقطع طريق الفتنة قبل أن يتطاير شررها • أورفع الظلم عن الضعفاء من أجل توفير مناخ مناسب حتى يعتنق كل انسان فى حرية العقيدة التى يقتنع بها ظن بعض العلماء أن هذه الآيات متعارضه مع تلك الآيات التى تنفى الأكراه ولعل لهم بعض العذر فى هذا نظرا للواقع الذى يعيش فيه الاسلام من التربص الدائم به والتحفز المستمر للأنقضاض عليه •

....

(١) الايه ـ ١٠١ من سورة يونس (٢) الايات ٢١ ـ ٢٦ من سورة الغاشية
(٣) الايه ١٢٥ من سورة النحل

ولقد نتج عن هذا خلاف بينهم فى قوله تعالى (لا اكراه فى الدين) وكان خلافهم فيها على ثلاثه أقوال :

(١) القول الأول :

يرى أنها منسوخة بمثل قوله تعالى (قاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين (١)) وقوله تعالى (يا أيها النبى جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم ومأواهم جهنم وبئس المصير (٢)) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة واعلموا أن الله مع المتقين (٣)) والى هذا ذهب الضحاك والسدى وسليمان بن موسى وآخرون (٤) .

(٢) القول الثانى :

يرى أنها ليست منسوخة ولكنها خاصة بأهل الكتاب الذين يقرون على الجزية ، وهو مروى عن الحسن وقتادة والضحاك وغيرهم .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلى :

(١) بما جاء فى كتاب الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن وفيه من كره الاسلام من يهودى أو نصرانى فانه لا يحول عن دينه وعليه الجزية (٥) .

(٢) ما روى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لعجوز نصرانيه أسلمى أيتها العجوز تسلمى ، ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق قالت أنا عجوز كبيرة - والموت الى قريب قال عمر اللهم فاشهد ثم تلا قوله تعالى (لا اكراه فى الدين (٦))

فقد دل كل من الحديث والخبر على أن عدم الاكراه خاص بأهل الكتاب اذ لو جاز اكراههم لما نهى الرسول عن تحويل اليهودى والنصرانى عن دينه ولأكره عمر المرأة على الاسلام فعلى هذا لا يكره أهل الكتاب ويكونون مستثنون من عموم الآيات الآمره بالقتال لعموم الكفار .

....

(١) الآيه ٣٦ من سورة التوبه
(٢) الآيه ٧٣ من سورة التوبه
(٣) الآيه ١٢٣ من سورة التوبه
(٤) الجامع لاحكام القرطبى ص ٢ ، ٢٩ ط دار الكتب
(٥) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٣٤٩
(٦) الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ص ٢٨٠ جـ ٣ ط دار الكتب المصريه

(٣) القول الثالث :

يرى أن الايه محكمة باقيه على عمومها فلم يدخلها نسخ ولا تخصيص وقد نقل هذا القول ابن كثير والطبرى والجصاص .

وذلك حيث لا تعارض بين الايات الداعيه الى العفو والصفح ونفى الأكواه وبين الايات التى تأمر بالقتال اذ لكل طائفة من هذه الايات مجالها الذى تعمل فى محيطه فالدعوة بالتى هى أحسن والعفو والصفح مطلوبان مع كل الناس أول الامر .

فطالما أن الكافر لم يأت بعد وان من ناحيته يستحق عليه القتال فالدعوة الموجهة اليه تكون بالتى هى أحسن وباللين فى القول . فأما اذا وصل الامر الى مرحلة العناد والمجابهة المسلحة التى تهدد أمن الدعوة وسلامة القائمين عليها فان هذا يكون عدوانا وهنا يأتى دور الايات الامرة بالقتال مثل قوله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم) ويقول الفخر الرازى . انه تعالى لما بين دلائل التوحيد بيانا شافيا قاطعا للمعذرة قال بعد ذلك انه لم يبق بعد ايضاح الدلائل عذر للكافر فى الاقامة على كفرة . الا أن يقسر على الايمان ويجبر عليه وذلك مما لا يجوز فى دار الدنيا التى هى دار ابتلاء اذ فى القهر والأكواه على الدين بطلان معنى الابتلاء والأمتحان (ونظير هذا قوله تعالى (فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر (1)) وقوله تعالى (ولو شاء ربك لآمن من فى الارض كلهم جميعا أفانت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين (٢)) وقوله تعالى (لعلك باخع نفسك الا يكونوا مؤمنين ان نشأ تنزل عليهم من السماء آية نظلت أعناقهم لها خاضعين ومما يؤكد هذا القول أن الله تعالى قال بعد هذه الايه قد تبين الرشد من الغى يعنى ظهرت البينات ووضحت الدلائل ولم يبق بعدها الا طريق القسر والالجاء والاكراه وذلك غير جائز (٣) .

ويقول ابن تيمية فى رسالة القتال فى تفسير قوله تعالى لا اكواه فى الدين (جمهور السلف على أنها ليست منسوخة ولا مخصوصة وانما النص عام فلا يكره أحد على الدين والقتال لمن حاربنا فان أسلم عصم ماله ودمه واذا لم يكن من أهل القتال

. . . .

(1) الايه ٢٩ من سورة الكهف (٢) الايه ٩٩ من سورة يونس

(٣) الايه ٤ من سورة الشعراء - راجع التفسير الكبير للرازى جـ٢ ص٣١٩

لانقتله . ولايقدر احد قط أن ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكره أحدا على الاسلام لاممتنعا ولامقدورا عليه ولافائدة فى اسلام مثل هذا . لكن من أسلم قبل منه ظاهر الاسلام[1] .

المختار :

وانى أختار الرأى الثالث لان فى الأخذ به اعمالا للنصوص كلها واعمالها جميعا أولى من اعمالها أو اهمال بعضها ولانه هو الذى يتمشى مع روح الاسلام التى تتسم بالرحمة والتسامح مع المخالفين وامكان التعايش السلمى بين أبناء الملل المتعددة فى ظلال الاسلام وفى رحابه الفسيح .

يقول الامام الجصاص . وجائز أن يكون حكم هذه الآيه ثابتا فى الحال على جميع أهل الكفر، لانه ما من مشرك الا وهو لو تهود أو تنصر لم يجبر على الاسلام وأقررناه على دينه بالجزيه[2] .

....

(١) رسالة القتال لابن تيمية فى مجموعة رسائل له ص ١٢٣ ـ ١٢٥ وانظر آثار الحرب فى الفقه الاسلامى للدكتور وهبة الزحيلى ط دار الفكر رسالة دكتوراه .

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ١ ورقه ٦٨١ مخطوط بمكتبه الأزهر .

المطلب الرابع

لماذا يدخل الاسلام الحرب ؟

وبعد أن تبين لنا أن نفي الأكراه ذا مدلول عام فانه يجدر بنا أن نبين الاسباب التي يجد الاسلام نفسه مضطرا أمامها لدخول الحرب وذلك يتحدد في ثلاثة أسباب :

(١) السبب الاول : دفع الاعتداء بمثله :

وحق دفع الاعتداء حق مقرر في كل عرف وفي كل شريعة ولا يوجد قانون ولا تشريع يضارع الاسلام في احاطته هذا الامر بسياج من النبل ووضعه في اطار من الخلق والفضيله وصوغه في نمط اسلامي رفيع يقول الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ، والنهي عن الاعتداء صادق بعدم البدء بالعدوان وبعدم قتال من لم يقاتل من النساء والصبيان والشيوخ وبعدم مجاوزه الحد في رد العدوان . ولقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأجهاز على الجرحى ، والمثلة . واتباع المدبر وعن القتل صبرا الخ من كل سلوك غير انساني تأباه الفطره ويمجه الذوق السليم ، فلا يكون رد الأعتداء الا في أضيق الحدود وبالقدر الذي يكسر شوكه العدو ويهزم قوته .

وحين نسمع قوله تعالى (واقتلوهم حيث ثقفتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم) فاننا لا ينبغي أن نفسر هذا على أنه انطلاق متوحش يفتك بكل آمن ويروع كل آدمي على نحو ما نسمع ونقرأ عما يحدث من وحشية لا مثيل لها بجزر الفلبين ضد المسلمين العزل وغيرهم من أصحاب الارض بفلسطين الخ ـ لا ـ وانما هو أمر باستمرار القتال والصمود في وجه العدو وتشديد القبضة عليه وتضيق الخناق من حوله حتى يرغم على الجلاء عن الاراضي التي يكون قد احتلها أثناء الحرب أو قبلها ، لانه يقول وأخرجوهم من حيث أخرجوكم ولانه يقول أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وان الله على نصرهم القدير الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق الا أن يقولوا ربنا الله [1])

....

(١) الايه ٣٩ من سورة الحج

(٢) السبب الثاني : اخماد الفتنه وازالة كل عوامل التأثير على الحرية الدينية :

ان الاسلام بمفهومه العالمي الشامل والمستمر الى يوم القيامه هو بهذه المثابة اتمام للرسالات السماوية السابقة عليه وعليه اتمام المسيرة الراشده من حيث وقفت بها الهدايات السابقة ، كما قال تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه — والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لانفرق بين احد من رسله ، وقالوا سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا واليه المصير (١)) وكما قال شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولاتتفرقوا فيه كبر على المشركين ماتدعوهم اليه (٢))

وليس معنى هذا انه يحتكر الميدان وحده بل انه ليعتبر نفسه مسئولا عن توفير الحرية بكل أنواعها لاصحاب العقائد المخالفه مادامو يباشرون مناسكهم من غير افتيات على العقائد الاخرى فأما حين تستغل الحرية الممنوحة لتكون فرصة للكيد للاسلام والنيل من عقيدته ونظامه ومقدساته فان ذلك يكون نذير شر وباب فتنه اذا اندلعت فسوف تأتى على الأديان كلها . وعنا لايستطيع أحد أن يأخذ على الاسلام أدنى مأخذ حين يبادر لأخماد الفتنه والضرب على يد الموقظين لها . والقضاء على مصدرها مهما كان يقول الكتاب الكريم (وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله فان انتهوا فان الله بما يعملون بصيرا (٣)) يقول ابن العربى فى معنى الفتنه يحتمل أن يراد وقاتلوهم حتى لايكون كفر — ويحتمل أن يكون المراد وقاتلوهم حتى لايفتن أحد عن دينه (٤))

ونحن نختار الاحتمال الثانى لانه الذى يتفق مع المعنى اللغوى لاصل الكلمة لان الفتنة هى المحنة والابتلاء مأخوذ من فتنت الذهب والفضة اذا أحرقتها بالنار ليتبين الجيد من الردئ (٥) — ولان نقل الكلمة من الابتلاء الى الكفر لادليل عليه وقد يؤكد حق الاسلام فى التدخل من أجل اخماد ثار الفتنه وحمايه العقائد كلها قوله تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات

....

(١) الايه ٢٨٥ من سورة البقرة (٢) الايه ١٣ من سورة الشورى

(٣) الايه ٣٩ من سورة الانفال (٤) راجع الى أحكام القرآن لابن العربى ج ٢ ص ٨٤٣ ط أولى .

(٥) المصباح المنير باب فتن

ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا ولينصرن الله من ينصره[(١)]) فهنا لفته كريمة فى النظم الكريم توحى بذلك وهى أنه قدم أمكنة العباده لاصحاب العقائد المخالفة للاسلام على المساجد ليبين أن حرصه على توفير الحرية للجميع فى مرتبه واحده ان لم يكن هذا التقديم يفيد اهتماما زائدا بالبيع والصلوات فهل يقال بعد ذلك ان الاسلام دين عصبية وأن المسلمين متعصبون ؟ كبرت كلمة تخرج من أفواههم ان يقولون الا كذبا ٠

(٣) السبب الثالث :

أن تسيطر على شعب من الشعوب قلة مستبدة تسخره لمطامعها الخاصه وتستعبده من أجل مصلحتها الذاتيه فلا تفسح له المجال كى يفكر فى أمره أو يقرر مصيره برأيه هنا لايجد الاسلام بدا من ازاحة هذا الكابوس كى تتنسم هذه الامه رياح الحريه وتعطى الفرصة كى تختار بنفسها العقيدة التى تقتنع بها ٠ ولا تزيد مهمة الجيش الاسلامى عن هذه المهمة ثم يترك الباقى لنداء الفطره حين تستقيم ومسلك العقل حين ترفع من طريقه العوائق يقول ربنا – ومالكم لاتقاتلون فى سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا[(١)])

تحقيق الباعث على القتال

حددنا الاسباب الباعثة على القتال وهو رد العدوان وقطع الفتنه ورفع الظلم عن الضعفاء على ماسبق بيانه الا أن بعض العلماء يرى أن الباعث على القتال هو الكفر واليك آراء العلماء فى هذه المسألة :

ذهب العلماء فى هذه المسألة مذهبان :

(١) المذهب الأول :

يرى أن الباعث على القتال هو الحرابة والمقاتله وليس الكفر فلا يقاتل شخص لمجرد كفره وانما يقاتل لاعتدائه أو لما هو فى معنى الاعتداء من ابتغاء الفتنه

....

(١) الآيه ٤٠ من سورة الحج

أو استعباد الضعفاء واليه ذهب جمهور الفقهاء منهم المالكية والحنابلة وجمهور الحنفية ورأى للشافعية[1] .

(٢) ويرى المذهب الثاني :

أن الباعث على القتال هو الكفر واليه ذهب بعض المالكية وقول لدى الشافعية[2] .

الادلـــــة

وقد استدل أصحاب المذهب الاول القائل أن الباعث على القتال هو الحرابة والاعتداء وليس الكفر استدلوا بما يلى — من الكتاب — والسنه .

(أ) أما الكتاب فقوله تعالى :

(١) وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلوكم ولاتعتدوا ان الله لايحب المعتدين[3].

والوجه من الايه — أن الله تعالى جعل الغاية من المقاتله در العدوان — ولم يجعله الاسلام اذ لوكان الغاية من القتال الاسلام وأنه غاية لـه ، لقال مثلا حتى يسلموا . وقد نهى عن الاعتداء ومعنى الاعتداء عدم بدء القتال مع من لم يقاتل .

(٢) وقوله تعالى — قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولايدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون[4] — والوجه من الايه أن الله تعالى قد أمر بالقتال الى غاية هى الوصول الى عقد للذمة بيننا وبينهم يدفعون بمقتضاه ضريبة مقابل الدفاع عنهم وحمايتهم فاذا تحققت هذه الغاية وجب وقف القتال لان مواصلته والحاله كذلك غير مسموح بها ولوكان المقصود القتال بسبب الكفر ومن أجل الاسلام لجعلت الغاية من القتال اسلامهم ولما قبلت منهم الجزية وما أقروا على الكفر .

....

(١) بداية المجتهد جـ١ ص٣٧١ فتح القدير جـ٤ ص٢٩١ — وانظر أحكام القرآن لابن العربى جـ١ ص١٩٥ ، جـ٢ ص٨٨٩ ط أولى ، ومغنى المحتاج جـ٤ ص ٢٢٣

(٢) بداية المجتهد جـ١ ص٣٧١ أحكام القرآن لابن العربى جـ٢ ص ٨٨٩ مغنى المحتاج [illegible] جـ٤ ص٢٢٣

(٣) الايه ١٩٠ من سورة البقرة (٤) الايه ٢٩ من سورة التوبه

(ب) وأما ما استدلوا به من السنه فمنه :

(١) ماروى عن عائشة وسليمان بن بريرة عن أبيه قالا - كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصة نفسه بتقوى الله ومن معه من المؤمنين خيرا . ثم قال أغزوا باسم الله في سبيل الله . قاتلوا من كفر بالله أغزوا ولاتغلوا ولا تغدروا ولاتمثلوا ولاتقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خلال فأيهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الدخول في الاسلام فان هم أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين ، وأخبرهم بأنهم ان فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين . فان هم أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولايكون لهم من الغنيمة والفئ شئ الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فسلهم الجزية وان هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم (١) .

فقد دل الحديث على أنه لايتعين القتال من أجل أن يسلم المحاربون بل القتال أحد خصال للكافر أن يختار احداها ومنها دفع الجزية مع بقائه على الكفر فلو كان الباعث على القتال هو الكفر ماقبلت الجزية من كافر ولكان الواجب استمرار القتال حتى الاسلام ولكن هذا لم يحدث فدل ذلك على أن الباعث على القتال هو دفع العدوان والحرابة لا الكفر .

(٢) أنه من الثابت تاريخيا بما لايرقى اليه أدنى شك أن النبى صلى الله عليه وسلم قد أسر من المشركين أسرى فمنهم من قتل ومنهم من فدى ، ومنهم من أطلق سراحه منا عليه بدون مقابل من غير أن يدخل أحد منهم الاسلام فلو كان القتال من أجل الاسلام أو بسبب الكفر ما كان لهؤلاء الا السيف لان الموجب للقتل على هذا متحقق فيهم وكذلك لو كان مجرد الكفر مبيحا للقتال - لما أنزل النبى صلى الله عليه وسلم بنى قريظة على حكم سعد بن معاذ (٢) فيهم - لانه من الجائز أن يكون قد

....

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى جـ٤ ص٦٢ ط صبيح وانظر أحكام القرآن لابن العربى جـ٢ ص ٩٦٩ ط أولى .

(٢) هو سعد بن معاذ بن النعمان بن مرئ القيس الاوسى الانصارى صحابى كانت له السيادة على الاوس حمل لواءهم يوم بدر شهد أحد وعمره ٣٧ سنة توفى سنه ٥ هجرية وفى الحديث : اهتز عرش الرحمن لموت سعد بن معاذ .

حكم فيهم بغير القتل ـ وكان الواجب أن ينفذ حكمه .

(ب) **ثانيا : أدلة أصحاب المذهب الثاني :**

وقد استدل القائلون بأن الباعث على القتال هو الكفر بما يلي من الكتاب والسنة :

(أ) اما الكتاب : فعموم قوله تعالى ـ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ـ فقد دلت الآية الكريمة على أن قتال المشركين واجب في كل مكان ـ وذلك دليل على أن الشرك سبب القتال والقتل ولكن يرد هذا الاستدلال بأن هذه الآية عامة دخلها التخصيص بما ذكره أصحاب القول الاول .

(ب) وبقوله تعالى ـ وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله فان انتهوا فان الله بما يعملون بصير. (1) فقد قال بعض العلماء ـ قاتلوهم حتى لايكون كفر وهذا الاحتمال مردود لانه حمل للفظ على غير معناه الحقيقي بدون قرينة لان الفتنة الابتلاء والاختيار كما سبق القول بل ان الحمل على المعنى الحقيقي يجعل الآيات تتسق مع بعضها ولايحدث بينها تضارب ويؤيد هذا قوله تعالى في نفس الآية ـ ويكون الدين كله لله . وقاتلوا في سبيل الله حتى لايفتتن أحد عن دينه وليترك أمر الجزاء على الكفر الى الله فهو وحده الذى يملك المحاسبة على ذلك كما قال تعالى عليك البلاغ وعلينا الحساب .

(ج) قوله تعالى ـ قل للمخلفين من الاعراب ستدعون الى قوم أولى بأس شديد تقاتلونهم أو يسلمون ـ فان تطيعوا يؤتكم الله اجرا حسنا وان تتولوا كما توليتم من قبل يعذبكم عذابا أليما (2) . والوجه من الآية أن الله قد أوضح أنه على المسلمين أن يقاتلوا أولى البأس الشديد الا أن يسلموا فيكفوا عن قتالهم وهذا صريح في أن الغاية من القتال هي الاسلام .

وقد رد هذا الاستدلال :

(1) بأن هذا كان بعد أن ثبت عدوانهم ولم يكن آية الجزية قد نزلت بعد اذ أن الفتح نزلت في صلح الحديبية والتوبة نزلت في العام التاسع قبل حجة

....

(1) الآية ٤٠ من سورة الانفال (2) الآيه ١٦ من سورة الفتح

الوداع فقد كان التخيير بين خصلتين - الاسلام - أو القتال .

(٢) أن هذا ليس طلبا للقتال لهؤلاء ولكنه اخبارعما يمكن أن تسفرعنه المواقف المستقبله فيكون هذا بمثابة رفع استعداد القوات المحاربة وشحذ لعزائمها حتى تكون مستعدة للطوارئ فلا تكون منهم استهانة بقوة الاعداء فهو من باب فرض أسوأ الاحتمالات للمعركة القادمة .

المختار

وبالنظر في أدلة الفريقين وايراد ما أمكن ايراده من مناقشة يتضح لنا أن الأولى بالقبول هو ما ذهب اليه الجمهور وهو أن الباعث على القتال هو رد العدوان والحرابه وليس الكفر يقول الشيخ أبو زهره . ذهب جمهور الفقهاء الى أن الباعث على القتال هو رد الاعتداء وقرروا أن مناطه الاعتداء فلا يقتل شخص لكفره وانما يقتل لاعتدائه على المسلمين أو على الاسلام ورغم ذلك قرر بعض الشافعيه أن سبب القتال هو الكفر رغم النصوص القطعية التى لا تقبل التأويل (١).

بعض الايات التى توهم الأكراه

نورد هنا أنموذجا من الآيات التى توهم الأكراه واستند اليها القائلون بنسخ قوله تعالى لا اكراه فى الدين .

(أ) قوله تعالى - فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل موصد فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ان الله غفور رحيم (٢).

لقد بدأ الاسلام بالجزيرة العربية بقلة من الاتباع تحمل نور الله ولا هدف لها الا أن يصل ضوءه لكل بصر - وينساب هداه لكل قلب - وبعد ذلك فليهتد من أراد وليضل من أراد الا اذ لا مطلب لهم سوى أن تكون لهم حرية الاعتقاد والتبليغ وهذا نداؤه المبكر يقول (قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ولا أنتم عابدون ما أعبد ولا أنا عابد ما عبدتم ولا أنتم عابدون ما أعبد لكم دينكم ولى دين .

....

(١) الآيه المجلة المصرية للقانون الدولى ص٩ ، ١٠ ، ١١ العدد ١٤ لسنة ١٩٥٨

(٢) الآيه ٥ من سورة التوبه

ولو أن كفار مكة تركوا الاسلام وشأنه لتركهم وشأنهم فان حركة التاريخ تسير معه الا أنهم ركبوا رؤوسهم وسيطرت عليهم فكرة استئصال هذا الدين حتى لو ترك لهم مكة ورحل عنها رغم اعتزازه بها الى وطن آخر وقد تركزت محاولاتهم فى هذا المضمار والتى كان من أبرزها حصار الخندق الذى بلغ بالمسلمين حافة اليأس وأوشكت فيه صفوفهم أن تتصدع وجبهتهم أن تتهاوى . لولا صمودهم الرائع وصبرهم المؤمن ـ الذى جعل رعاية الله تحوطهم وعنايته تلاحظهم .

والغريب أن الاسلام قد ترك المشركين أكثر من عشرين عاما مقيمين على وثنيتهم وكان بوده أن يحظى بالمعاملة بالمثل الا أن الذى حدث وما أسفر عنه تتابع الاحداث أنه أكد تصميمهم على مطاردة هذا الدين الناشئ ومصادرة حرية أتباعه .

ولقد استمر تنبيه القرآن للمسلمين عن الغاية التى يسعى اليها أعداؤهم ـ وأخذ يوالى الكشف عن حقيقتهم المرة ومخططهم الاجرامى حتى لا يخدعهم شئ ولا تنطلى عليهم أكذوبه فيقول تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان يطيعوا الذين كفروا يردوكم على أعقابكم فتقلبوا خاسرين بل الله مولاكم وهو خير الناصرين (١))

ويقول ان يثقفوكم يكونوا لكم أعداء ويبسطوا اليكم أيديهم والسنتهم بالسوء وودوا لو تكفرون (٢)) .

ويقول كيف وان يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم الا ولا ذمة ويقول لا يرقبون فى مؤمن الا ولا ذمة وأولئك هم المعتدون (٣) .

وبالرغم من ذلك فهل باجمهم المسلمون على حين غرة وطوقهم الاسلام بجيوشه حين استطاع ذلك وطلب منهم اما الاسلام واما أن يقاتلهم ؟

لم يحدث هذا بل أعطاهم فسحة من الوقت يتمكن خلالها من لم يرغب فى الدخول فى الاسلام أن يترك قاعدته ومنطلق عمله ففى غير هذه البلاد متسع لكل خارج على قانونه مناوئ لسلطانه وأعطاهم مهلة كافية كى يصفى أعماله من لم يرغب فى الانضواء تحت علم الدولة الجديدة ويأتى الالتزام بقوانينها قال تعالى

....

(١) الاية ١٤٩ من سورة آل عمران (٢) الايه ٢ من سورة الممتحنه
(٣) الايات ٨ ـ ١٠ من سورة التوبه

(براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الارض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزى الله وأن الله مخزى الكافرين) .

ثم استثنى بعض الفئات - كالذين ارتبطوا مع المسلمين بمواثيق ما احترموا هذه المواثيق فقال (الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين)(١) .

وكذلك سمح لمن تحركت لديه بواعث حب البحث عن الحقيقة أن يرتاد البلاد وله أن يقيم فيها المدة التى تمكنه من الوصول الى غايته من بحثه وليس ملزما أن يخرج مؤمنا والا كان مجازفا بحياته غير آمن عليها ؟ لا - بل له أن يخرج كما دخل - والدوله على كل حال ملزمة على سبيل الوجوب - أن تضمن حياته وأن تبلغه مأمنه فى كرامة واعزاز قال تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون)(٢) .

وما دام المعاهد مقيما على عهده محترما لشرف كلمته فالمسلمون ملزمون بالوفاء له بما عوهد عليه (الا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ان الله يحب المتقين)(٣)

وبعد هذا الامهال وبعد هذا الوفاء فمن الذى يبقى بعد ذلك ؟ لن يبقى الا متآمر على الدولة متربص بها يحاول أن يغتنم أى فرصة للنيل منها بسوء .

ومثل هذا الصنف من المخالفين لا مانع عقلا ولا عرفا أن يطالب بتحديد موقفه والابانة عن اتجاهه فاما أن يكون للدوله بالعهد أو بالاسلام أو يكون عليها فيطالب بالاسلام أو يقاتل على أن مطالبته بالاسلام فى هذا الوقت لا يعد اكراها له على اعتناق عقيدة لا يقبلها بل هى فى الواقع ونفس الامر مطالبة بالخضوع السياسى لسلطان الدولة التى يعيش على أرضها فما دام من رعاياها فلا أقل من أن يلتزم بتنفيذ قانونها وهذا ما يقضى به القانون الدولى الحديث .

....

(١) الآية ١ ، ٤ من سورة التوبة (٢) الآيه ٦ من سورة التوبة
(٣) الآية ٧ من سورة التوبة

ـ والا ـ فاعتماد صحة ما جاء به الاسلام عمل باطني لا سبيل لاحد أن يطلع عليه وبالتالي فلا يمكن أن تلزمه به ولا يعلم ذلك منه الا الله سبحانه وتعالى .

فاذا رفض التزام حتى على هذا النحو الظاهري فلاشك أنه خطر على الامة وداء يجب استئصاله من جسمها بقوله تعالى (وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا في دينكم فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون ـ الا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم وهموا باخراج الرسول وهم بدءوكم أول مرة أتخشونهم ؟ فالله أحق أن تخشوه ان كنتم مؤمنين[1]) ويقول ابن العربي بعد أن ذكر معنى الآيه ـ وتبين أن المراد بالآيه (اقتلوا المشركين الذين يحاربونكم[2])

وعلى ذلك فلا تعدو الآية أن تكون دليلا لقاعدة رد العدوان بمثله ولا هذا لاشيء فيه وليس المراد منها أن على المسلمين أن ينطلقوا ذئابا كاسرة تجوب أرجاء الارض بحثا عن أى فئه مشركه ليشتبكوا معهم في حرب لا ضابط لها من شرع أو قانون .

(٢) آية ثانيه :

يقول تعالى (ياأيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار ـ وليجدوا فيكم غلظة واعلموا أن الله مع المتقين[3]) قال بعض المفسرين في هذه الآية انها عامة في قتال الكفار جميعا أينما وجدوا غاية الامر انه يجب البدء بالاقرب فالاقرب وممن قال بهذا ابن العربي فقد قال عند الكلام على هذه الآية (قدمنا أن الله أمر بأوامر متعددة مختلفة التعلقات فقال : قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر وقال اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقال قاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقال قاتلوا الذين يلونكم من الكفار ـ وهذا كله صحيح مناسب ـ والمقصود قتال جميع المؤمنين لجميع الكفار وقتال الكفار أينما وجدوا وقتال أهل الكتاب من جملتهم ـ وهم الروم وبعض الحبشان وذلك انما يتكيف نوجهين أحدهما بالابتداء مما يلى فيقاتل كل واحد مما يليه ويتفق أن يبدأ المسلمون كلهم كذ بالاهم ممن يليهم أو الذين يتيقن الظفر بهم[4] .

....

(١) الآيات ١٢ ـ ١٣ من سورة التوبة
(٢) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص٨٨٩ ط أولى جـ١ ، ص١٠٥ ، ١٠٦ من نفس المرجع المذكور . (٣) الآيه ١٢٣ من سورة التوبة
(٤) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص١٢٠ ط أولى

وقال بعض آخر من المفسرين منهم الشيخ الصاوى ان هذه الاية ناسخـــه لقوله تعالى (وقاتلوا المشركين كافة) (١) وكأن أصحاب هذا القول قد استشعروا الحرج الذى يمكن أن يقع فيـــه المسلمون نتيجة للقول بضرورة قتال الكفار جميعا فهذا يعتبر تكليفا بالمحال • والله لايكلف نفسا الا وسعهـــا •

والذى أراه أنـــه لاحاجة الى القول بالنسخ حيث ان الاية التى قبل بنسخها لا تعطى معنى العموم ـ ! لافى حالة المعاملة بالمثل فهى تهيب بالمؤمنين أن يقاتلـوا الكفار صفا واحدا وجماعة واحده متحدة ـ كما يفعل المشركون ذلك وهذا بمثابـة التبكيت لهم ـ واستنهاض هممهم حتى تخرجوا فى صف واحد • فيضمنوا بذلك الغلب فلا أقل من أن يكون ا لحشد الاسلامى على مستوى الحشد الكافر ان لم يكن أقـــوى وأكـــثر •

كما أن الاية التى نحن بصدد الكلام عليها لاتعطى معنى العموم ـ ولكنهـــا ارشاد لأفضل أساليب المواجهة ـ وبيان للطريقة المثلى التى تقرب النصر، وتقـلـل من الخسائر وهى تنبيـــه الى ضرورة البدء بالاقـرب فالأقرب حتى يخلو الطريـــق ويأمن الجيش حين يوغل فى التقدم المفاجأة من الخلف ـ وهذا غير متحقق ان هم بدء وابالابعد أولا • وهذه الطريقة ما تزال هى الطريقة المثلى ـ وهى مـــا يطلق عليها فى ا لحروب الان ـ بعدم ترك جيوب عدوانيه يكيدون خلف الجيش الزاحف • (٢)

يقول الشيخ شلتوت رحمه الله تعالى ـ وقد وقف الكثير للاسلام عند ظاهـــر الايه (قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) والواقع أن المراد من كلمة الكفار فى الاية ونظائرها • والمشركون المحاربون الذين قاتلوا الاسلام والمسلمين واعتدوا عليهـم واخرجوهم من ديارهم وأموالهم ووقفوا فتنه الناس فى دينهم ـ وهم الذين تحدثـت عن أخلاقهم الايات الاولى من سورة التوبـــه (٣) •

....

(١) انظر حاشية الصاوى على الجلالين جـ٢ ص١٣٨

(٢) الشريعة الاسلامية والقانون الدولى العام للاستاذ على على منصور ص ٢٧٢

(٣) انظر تفسير الاجزاء العشر الاول من أول سورة البقرة للشيخ شلتوت ص ٥٣١ ط الثالثة ـ وانظر العلاقات الدولية فى السلم والحرب لـه ص ٣٦

وليست الغلظة المطلوبة فى الآيه القسورة التى تخرج صاحبها عن الأطار الانسانى النبيل الذى وضعه الاسلام للحرب فليس ذلك مراد بعد أن نهى الرسول عليه السلام عن قتال غير المقاتل وعن الاجهاز على الجرحى وما الى ذلك .

وانما المراد بالغلظة محاولة التغلب على الرهبة التى تنتاب المقاتل ساعة اللقاء الحاسمة وأن يتحلى بالشجاعة والاقدام على نحو يثير الفزع فيمن خلفهم المحاربون كما قال تعالى — فاما تثقفنهم فى الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يذكرون — .

انه حين يفعل ذلك يكون قد شن حربا نفسية الى جانب الحرب المسلحة الدائرة — أو التي على وشك أن تدور — ولهذا أثره البالغ فربما حسمت الحرب النفسية مالا تستطيع الحرب المسلحة أن تحسمه .

على حد قوله تعالى — وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم . فهذه ارهاب بالاعداد وتلك ارهاب بالاقدام وارتفاع الروح المعنوية لدى المقاتل .

المطلب الخامس

فرض الجزية ليس اكراها لاحد على الدخول في الاسلام

والجزية فى اللغة مأخوذة من الجزاء[(١)] والجمع جزى مثل سدرة وسدر.

وأما فى الاصطلاح الشرعى فهى الضريبة الموضوعة على رقاب من دخل فى ذمة المسلمين من أهل الكتاب وغيرهم - وقد تطلق على الخراج .

ونحن مازلنا بصدد الكلام على أن نصوص الاسلام التشريعية لايقصد بها اكراه أحد على الدخول فى الاسلام ولتحقيق هذا الهدف - يستدعى أن نتكلم على مسألتين :

المسألة الاولى : ممن تؤخذ الجزية ؟ المسألة الثانية : المقابل الذى تدفع الجزية له ؟

(١) المسألة الاولى : ممن يؤخذ الجزية ؟

اختلف الفقهاء فيمن تؤخذ منهم الجزية على ثلاثة مذاهب :

(١) المذهب الاول : يرى أن الجزية تؤخذ من أهل الكتاب عربا كانوا أم عجما ومن المجوس (عبدة النيران) ولاتقبل من عبدة الاوثان - واليه ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية[(٢)] .

(٢) المذهب الثاني : أن الجزية تقبل من كل كافر ما عدا عبدة الأوثان من العرب واليه ذهب الحنفية وبعض العلماء[(٣)] .

(٣) المذهب الثالث : أن الجزية تقبل من كل كافر سواء أكان من العرب أو من العجم وسواء أكان من أهل الكتاب أم من عبدة الاوثان واليه ذهب المالكية فى المشهور عندهم والاوزاعى والثورى .

....

(١) المصباح المنير باب الجيم - مع الزارى - وما يليهما جـ١ ص٥٥

(٢) الام جـ٤ ص ٩٦ المغنى لابن قدامه جـ٨ ص٥٠٠ ومابعدها - المحلى لابن حزم جـ٧ ص٣٤٥ - وحاشية الباجورى جـ٢ ص٢٣٥

(٣) فتح القدير جـ٤ ص٣٧٠ - وانظر الاموال لابى عبيد ص٣٠ ، ٤٥

الأدلـــــــــة

وقد استدل أصحاب المذهب الاول على أن الجزية تؤخذ من أهل الكتاب ومن المجوس بما يأتى .

(١) قال تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)(١)

ووجه الدلالة من النص الكريم أن الله أمر بقتال الكفار عامة والآية التى معنا وردت على سبيل الاستثناء من هذا العموم وما ورد على خلاف الاصل يقتصر فيه على مورد النص فلا يتعداه الى غيره — وأما دليل أخذها من المجوس : فهو أحد أمرين — فاما أن يكون لهم علم كانوا يعلمونه وكتاب يدرسونه وحين سكر ملكهم فوقع على ابنته أو أخته — وطالبه أهل مملكته بأقامة الحد عليه حين عرفوا منه ذلك فلما امتنع رفع الكتاب من بين أظهرهم — وهذا الاحتمال مروى عن على بن أبى طالب(٢) . وليعد هذا القول رده الكثير من العلماء .

واما أن يكون دليل أخذها منهم هو ماروى أن عمر رضى الله عنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبدالرحمن بن عوف فقال أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوابهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نساءهم ولا آكلى ذبائحهم(٣) .

وعلى ذلك يكون أخذها منهم بالسنة — وليسوا أهل كتاب كما يزعم الاحتمال الاول .

(٢) ما روى عن ابن شهاب الزهرى — قال بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس البحرين — وأن عمر أخذها من مجوس فارس وإن عثمان بن عفان أخذها من البربر(٤) .

....

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة — (٢) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٥٧ مجمع الزوائد جـ ٦ ص ١٢

(٣) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٥٦

(٤) الاموال لابى عبيد ص ٤٥

ثانيا أدلة المذهب الثاني :

وقد استدل الحنفية ومن معهم على أنها تؤخذ من كل كافر ما عدا عبده الأوثان من العرب – استدلوا بما يأتي :

(١) بما جاء في حديث عائشة – وبريدة السابق روايته .. واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال فأيتهن ما أجابوك . فاقبل منهم – وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام – فان أبوا فسلهم الجزية (١) .

ثم أخرجوا عبدة الاوثان من العرب من عموم الخبر . بأمرين – أولهما – أن العرب هم رهط النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم – والقرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وهم بالتصديق أولى وهذا يستدعى عدم اقرارهم على الجزية . ثانيهما – أن عبادة الاوثان تنشأ عنها غلظ في الطبع وفساد في العقيدة . يوجبان عدم اقرارهم على الجزيه (٢) .

(٢) واستدلوا كذلك بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمه أبي طالب ياعم أريد منهم كلمة تدين لهم العرب بها وتؤدي لهم بها العجم الجزية قال ما هي ؟ قال شهادة أن لا اله الا الله (٣) . فهذا يدل على أن أخذ الجزية خاص بالعجم فلا يجوز أخذها من العرب .

ثالثا : دليل أصحاب المذهب الثالث :

وقد استدل أصحاب المذهب الثالث القائل بجواز أخذها من كل كافر بما فيهم عبدة الاوثان من العرب استدلوا :

بالحديث الذي روي عن عائشة – وبريدة من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا أمر أميرا على جيش أوصاه بتقوى الله – ومن معه من المسلمين خيرا – الى أن قال واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال .. الخ والوجه منه أن قوله عليه السلام (عدوك من المشركين) يتناول كل كافر من غير فرق يقول الشوكاني هذا الحديث حجة لمن قال (ان قبول الجزية لا يختص بأهل الكتاب (٤)) .

....

(١) انظر صحيح مسلم جـ١٢ ص ٤٧ . نيل الاوطار جـ٧ ص٢٣١

(٢) راجع فتح القدير جـ٤ ص ٣٧١ . نيل الاوطار جـ٨ ص٥٧

(٣) نيل الاوطار جـ٨ ص ٥٦ (٤) نيل الاوطار جـ٧ ص٢٣١

المناقشة

أولا : مناقشه أدلة المذهب الأول :

وقد نوقشت أدله المذهب الأول على النحو التالى :

(١) ان الاستدلال على نفى أخذها من غير الكتابى - استدلال بمفهوم الصفة أى أن الجزية تؤخذ ممن توفرت فيهم صفة الكتابيه . فاذا انتفت الصفة انتفى الحكم المعلق عليها - وهو أخذ الجزيه فلا تؤخذ من غير الكتابى وهذا استدلال بالمفهوم فى مقابلة المنطوق - وهذا المنطوق هو قوله عليه السلام واذا لقيت عدوك من المشركين ودلالة المفهوم لاتقوى على معارضة المنطوق .

(٢) على أن هذا المفهوم قد دخله التخصيص بما ورد فى شأن المجوس وهو قوله صلى الله عليه وسلم سنوابهم سنة أهل الكتاب .

(٣) ثم ما هو الفرق بين عباد النار وعباد الوثن - بل ان عباد الوثن أقل ضلالا من عباد النار - اذا جاز القول بأن هناك مجالا للتفاوت فى درجات الكفر كما زعم أصحاب المذهب الثانى - فقد كان عباد الأوثان - يقولون مانعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى ولم يكونوا يستحلون نكاح البنات والامهات والاخوات - وكانوا على بقايا دين ابراهيم عليه السلام - فأما المجوس فلم يكونوا أصحاب كتاب - ولادانوا بدين أحد من الأنبياء[1] .

(٤) وعلى فرض تسليم القول بمفهوم الصفة فان القائلين به قد ذكروا أن الأحتجاج به لنفى الحكم عما عدا المذكور يشترط للعمل به - أن لاتكون هناك فائدة أخرى سوى نفى الحكم عما عدا المذكور وهناك فائدة أخرى غير نفى الصفة عمن عدا المذكور .

وهى - بيان الواقع . فان الرسول صلى الله عليه وسلم - بعد أن قضى على أهل الشرك من عباد الاوثان بالجزيرة لم يبق موجودا الا أهل الكتاب المجاورين لبلاد العربه فنزلت آية الجزية فى السنة الثامنه - أو التاسعه من الهجرة لبيان حكمهم .

....

(١) راجع زاد المعاد لابن القيم جـ٣ ص ٣٠٢

يقول الصنعانى ـ والذى يظهر هو عموم أخذ الجزية من كل كافر لعموم حديث بريدة ـ وأما الآية فأفادت أخذ الجزية من أهل الكتاب ولم تتعرض لاخذها من غيرهم ولاعدم أخذها ـ والحديث بين أخذها من غيرهم وحمل عدولك على أهل الكتاب فى غاية البعد (١) .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى :

وقد نوقشت أدلة الرأى الثانى بما يأتى :

(١) يقال لهم ـ لقد أخرجتم العرب الوثنيين بحجة تغليظ كفرهم بالنسبة لكفر غيرهم وهذا غير مسلم فان الكفر كله ملة واحدة ـ فماذا بعد الحق الا الضلال .

وعلى فرض القول بالتفاوت بين مراتب الكفر . فانه قد سبق فى مناقشة أدلة المذهب الاول أننا أوضحنا أن كفر المجوس أكثر امعانا فى الضلال والغواية من غيرهم

(٢) ويقال لهم أيضا ـ لقد أجزتم أخذ الجزية من عبدة الاوثان من العجم بناء على جواز استرقاقهم ـ وجمهور العلماء يرى جواز استرقاق العرب بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم ـ قد استرق بنى المصطلق ـ وهوازن ـ وفزارة ـ وغيرهم من قبائل العرب وتمشيا مع هذه العلة فانه يجوز أخذ الجزية منهم ـ ولقد فتح الصحابة رضوان الله عليهم بلاد فارس والروم ـ وفى رعايا هذه البلاد من العرب كثيرون ـ كما كانوا كذلك فى العراق ـ والشام ـ ولم يحاولوا التميز بين العربى ـ والعجمى ـ بل عمموا حكم السبى والجزية على جميع من استولوا عليه (٢) .

وهناك حقيقة تجدر الاشارة اليها ـ وهى أنه لم يثبت أن الرسول عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من عبدة الأوثان من العرب . ولكن ذلك ليس لعدم جواز الاخذ منهم ـ فان الجواز ثابت بعموم الادلة السابقة فى المذهب الثالث .

وانما عدم الاخذ راجع لانها لم تكن شرعت بعد حيث ان أخذها قد شرع بعد فتح مكة ـ وحينئذ كان العرب جميعا قد اعتنقوا الاسلام ـ ولم يبق منهم محارب وذلك كما حدث من الرسول عليه السلام مع أهل الكتاب من اليهود الذين كانوا يسكنون الجزيرة العربية ـ فقد قاتل اليهود وأخرجهم ولم يطلب منهم الجزية لانها

....

(١) سبل السلام شرح غاية المرام جـ ٤ ص ٦٢ ـ ٦٣ ، والجامع لاحكام القرآن للقرطبى ص ٢٩٤٩ ط دار الشعب .

(٢) انظر سبل السلام جـ ٤ ص ٦٤ زاد المعاد لابن القيم جـ ٣ ص ٣٠٢

قد شرعت آنئذ . فلا يسوغ لاحد أن يقول ان الجزية لايجوز أخذها من أهل الكتاب القاطنين بالجزيرة بحجة أن الرسول قاتلهم ولم يأخذها منهم - فكذلك - عدم أخذ الجزية من مشركى الجزيرة لانها لم تكن قد نزلت آيتها بعد وحين نزلت كان النص على أهل الكتاب بيانا للواقع وحسب (١) .

المختـــــار

من هذا العرض للأدلة - ومناقشة ماوردت عليه مناقشة منها يتبين لنا أن أولاها بالقبول هو المذهب الثالث فهو الذى يتفق مع سماحة الاسلام وغايته وهو الذى سلمت أدلته - وله أختار .

المسـألـة الثانيـــه

المقابـل الـذى تدفـع الجـزيـة من أجلـه

اختلف الفقهاء فى المقابل الذى تدفع الجزية فى مقابله على ثلاثة أقوال :

(١) القول الاول :

يقول - ان الجزية بدل عن القتل بسبب الكفر واليه ذهب بعض فقهاء الحنفية وغيرهـــــم (٢) .

وقد عللوا ذلك فقالوا - ان الكفر جناية - فوجب أن يكون مسببها عقوبة - ولـذا فقد وجبت على من يستحق العقوبة - وهم البالغون العقلاء المقاتلون .

ويرد ذلك - بأنها لو كانت عقوبة لما عقدت بالتراضى لكن الجزية تعقد بالتراضى بين الامام وبين طالبها والعقوبة لاتختلف باليسار والاعسار فأما الجزية فانهـــا تختلف باليسار والاعسار . والجزية تجب مؤجلة والعقوبات يجب تعجيلها متى أمكن ذلك . وبذلك نتبين أن الجزية ليست عقوبة وبدليل أنها لو كانت بدلا عن القتل لوجبت على المملوك أ لحربى - ولكنها لاتجب عليه فليست عقوبة .

(٢) القــول الثانـى :

أن الجزيـة واجبة بدل سكنى الدار الاسلامية - واليه ذهب بعض الشافعية (٣) .

....

(١) زاد المعاد جـ٣ ص٣٠٢

(٢) راجع الهدايه جـ٣ ص١١٨ - ١١٩ وانظر أحكام القرآن لابن العربى جـ٢ ص٩١١

(٣) الاحكام السلطانية للماوردى ص١٢٣ ط الحلبى

ردكتابيه

لان الذميين يقطنون الدار الاسلامية فوجب أن يكون هناك مقابل لهذه السكنى ولكن يرد على هذا القول أنها لو كانت بدلا عن السكنى لوجبت على النساء والصبيان والشيوخ - ومن اليهم - لكنها لا تجب على هؤلاء باتفاق فليست اذن فى مقابل السكنى - وان كان هذا الحق يعتبر من ثمرة عقد الجزية •

(٣) القول الثالث:

يرى القول الثالث أنها واجبة فى مقابل حمايتهم - والدفاع عنهم - وهو قول آخر للشافعية وجماعة من العلماء يقول الخطيب الشربينى ولا يجب الجهاد على الكافر ولو ذميا لانه يبذل الجزية لنذب عنه لا ليذب عنا (١) •

ومن يستطيع الدفاع - هم الرجال البالغون الا انهم لا أمان لوجودهم فى الصفوف الاسلاميه فقد يغلبهم الحنين الى بنى جلدتهم فيخذلون المسلمين - فلهذا لا يجب عليهم الجهاد • وتجب عليهم الجزية مقابل قيام القوات الاسلاميه بما كان يجب أن يقوم به المقاتله من الذميين لولا المانع الذى ذكرنا •

وهذا الرأى هو الاكثر ملاءمة لروح الشريعة الاسلامية ولما مضى عليه عمل القادة المسلمين ذكر أبو يوسف فى كتاب الخراج - أن أبا عبيده بن الجراح بعدما صالح أهل الشام - وجبى منهم الجزية - والخراج بلغه أن الروم قد جمعوا له واشتد الأمر عليه • وعلى المسلمين فكتب الى أمراء المدن التى تم صلحها أن يردوا على أهلها ما جبى منهم من الجزية والخراج • وأن يقولوا لهم انما رددنا لكم أموالكم لانه قد بلغنا ما جمع لنا من الجموع - وانكم اشترطتم علينا أن نمنعكم - وانا لا نقدر على ذلك وقد رددنا لكم ما أخذنا منكم ونحن لكم على الشرط وما كتبنا بيننا ان نصرنا الله عليهم (٢) •

وجاء فى الصلح الذى عقده خالد بن الوليد مع زعماء الحيرة (هذا ما عاهد عليه خالد بن الوليد - عديا - وعمرا • ابنى عدى - وعمرو بن عبد المسيح - واياس ابن قبيصة وحيرى بن اكال - وهم نقباء أهل الحيره - ورضى بذلك أهل الحيرة وأمروهم به أعاهدهم - على تسعين ومائة ألف درهم تقبل فى كل سنة جزاء

....

(١) حاشية البيجرمى على شرح ابن قاسم الغزى جـ ٤ ص ٢٣٧

(٢) الخراج لابى يوسف ص ١٢٢ ط سلفيه

عن أيديهم فى الدنيا ورهبانهم وقسيسيهم الا من كان منهم على غير ذى يد حبيسا عن الدنيا تاركا لها — وعلى المنعة فان لم يمنعهم فلا شىء عليهم حتى تمنعهم (١) .

معنى اليد والصغار :

بقى أن نبين معنى اليد — والصغار — الواردين فى آية الجزية فيما كان الانحراف بمعناهما سبيلا لطمس معالم الحق — وادعاء أن الاسلام يقصد الى تحقيرهم واذلالهم .

ولقد فسر بعض العلماء — اليد — والصغار — بالقهر — والذلة — وبنى على هذا التفسير كثير من الفقهاء تصورات مختلفة لهذا القهر — وتلك الذلة وهى تصورات تتعارض وما ينادى به الاسلام من التواد والبر بالذين لم يقاتلونا ولم يخرجونا من ديارنا ولم يظاهروا على اخراجنا .

ونحن نرى أن معنى اليد — القدرة على دفع الجزية بحيث اذا لم يكن قادرا على دفعها أجل الامام أو وضع عنه بحسب مايرى المصلحة فى ذلك وما تمليه عليه روح الشريعه الغراء . يقول الشيخ رشيد رضا . فى تفسير آية الجزية (هذه غاية للامر بقتال أهل الكتاب ينتهى بها اذا كان الغلب لنا — أى قاتلوا من ذكر عند وجود ما يقتضى وجوب القتال كالاعتداء عليكم — أو على بلادكم أو ظهادكم — أو فتنتكم حتى تأمنوا عدوانهم باعطائكم الجزية فى الحالين اللذين قيدت بهما .

فالقيد الأول لهم — وهو أن تكون صادرة عن يد — أى عن قدرة — وسعة فلا يظلمون — ولا يرهقون .

القيد الثانى لكم — وهو الصغار — المراد به خضد شوكتهم والخضوع لسيادتكم وحكمكم وبهذا يكون تيسير السبيل لاهتدائهم الى الاسلام بما يرونه من عدلكم وهدايتكم وفضائلكم التى يرونكم بها أقرب الى هداية أنبيائهم منهم (٢) .

ويقول — السير — توماس أرنولد (ولم يكن الغرض من فرض هذه الضريبه على المسيحين — كما يريدنا بعض الباحثين على الظن لونا من ألوان العقاب لامتناعهم عن قبول الاسلام — وانما كانوا يؤدونها مع سائر أهل الذمة وهم غير المسلمين من رعايا الدولة التى كانت تحول ديانتهم بينهم وبين الخدمة فى الجيش فى مقابل الحماية التى كفلتها لهم سيوف المسلمين .

....

(١) المرجع السابق وانظر الوحى المحمدى ص ٢٧٩

(٢) الوحى المحمدى لرشيد رضا ص ٢٧٧ — ٢٧٨ وانظر الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٤٣

ومن هنا نجد بعض الفقهاء يرى أنـه للامام أن يجند الذميين فى صفوف الجيش الاسلامى للقتال ان رأى ذلك فانه يعفى من يشترك فى القتال من دفع الجـزيـة وقد فعل ذلك حبيب بن مسلمة الفهرى فقد صالح الجراجمة صالحهم على أن يكونوا عونا لهم وأن يقاتل معهم فيعفنا يهم على شريطة الا يوخذوا بالجزية وأن تعطى نصيبها من الغنائم[1] .

وكذا ماعاهد عليه سراقة . براز الفارس ملك الباب حيث قال لسراقة . (انـى ازاء عدو كلب ـ وأمم مختلفة لاينسبون الى أحساب ـ ولیس ينبغى لذى الحسب العقل أن يعين أمثال هؤلاء ولايستعين بهم على ذوى الاحساب والاصول وذو الحسب قريب ذى الحسب حيث كان وانكم قد غلبتم على بلادى وأمتى فأنا اليوم منكم ويدى مع ايديكم وبارك الله لنا ولكم وجزيتنا اليكم النصر والقيام بما تحبون فلا تذلونا بالجزية فتوهنون لعدوكم . فقال لـه سراقة قد قبلت ذلك ـ وصار سنة فيمن كان يحارب العدو من المشركين ـ وفيمن لم يكن عنده الجزاء الا أن يستنفروا . فيوضع جزاء تلـك السنة ـ وكتب سراقة بذلك الى عمر بن الخطاب فأجازه وحسنه[2] .

وهذا رأى فى غاية الحكمة والسداد ولامانع من أن يفعل الامام ذلك خاصة أن تقدير الجزية موكول بالاجتهاد . فاذا اطمأن فى عصر من العصور وأمن جانب الذميين ـ كما هو الحال الآن فلا مانع من أن يجعل خروجهم بدلا عن الجزيـه .

وبعد ـ فهل يستطيع بعد هذا أحد أن يدعى أن الجزية تشكل لونا من الوان الاكراه على اعتناق الدين الاسلامى .

كبرت كلمة تخرج من أفواههم ان يقولون الا كـذبـا .

....

(١) الجراجمة قبيله من المسيحين كانت تقيم بجوار انطاكيـا .

(٢) النظم المالية فى الاسلام . محمد أمين الغزالى مذكوه للسنه الاولى قسم الدراسات العليا دبلوم السياسة الشرعية بكلية الشريعة . مذكوه مكتوبـة على الآلـة الكاتبـه .

المطلب السادس

هل يشكل قتل المرتد نوعا من الاكراه ؟

قد يقول قائل اذا كان الاسلام لايكره أحدا على الدخول فى الاسلام . فلماذا اذن يقتل المرتد . ولماذا لاتتركون من يريد الخروج من دينكم الى دين آخر ؟؟ الا يكون قول الرسول صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وقوله صلى الله عليه وسلم لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث ـ كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان أو قتل نفس بنفس . (١) ألا يكون هذا بمثابة القيد على حرية العقيدة التى تدعونها أفلا تقتضى الحرية أن يترك الناس وما يختارون ؟.

وقائل هذا القول ـ كمن يطلب اباحة الزنا وعدم المؤاخذة عليه مادام برضا الطرفين أوحل الربا مادام الرضا بين الطرفين المتعاقدين حاصل . بل الامر هنا أخطر من ذلك اذ أنه يتعلق ببقاء النظام نفسه أوعدم بقائه .

مالذى يشترطه الاسلام فى الشخص كى يكون مسلما ؟ انه لايطلب منه أكثر من أن ينطق بالشهادتين وله بعد ذلك أن يطبق قلبه على اعتقاد مايراه صحيحا وما تقتنع به نفسه ـ ففى حديث ذى الخويصرة الذى استبان للمسلمين منه نفاق العقيدة فأراد بعضهم قتله فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم هلا شققت عن قلبه ؟

ولقد لاذ كثير من المنافقين بهذا المبدأ السمح واستغلوا هذه السماحة وكادوا للاسلام أشد الكيد وعانى المسلمون من صنيعهم الكثير ـ الا أنه كانت هناك الحصانة الاسلامية التى يتمتعون بها والتى تحول بين نيلهم بأى أذى .

وفى ظل هذه السماحة عاش ويعيش كثيرون تضفى عليهم الدولة حمايتها ولقد ظلت حرية الارتداد مكفولة طوال مايقرب من عشرين عاما ـ فى بدء الدعوة لمن يريد وأقرها الرسول عليه السلام فى صلح الحديبيه (٢) .

....

(١) نيل الأوطار جـ٨ ص١٩٠ ، والاحكام السلطانية ص٥٥ ط حلبى

(٢) انظر امتاع الاسماع للمقريزى جـ١ ص٢٩٨

وحين أظهر بعض المسلمين عدم الارتياح من بعض شروط المعاهده بين الرسول عليه السلام الامر قائلا - انه من ذهب منا اليهم فأبعده الله ومن جاء نا منهم سيجعل الله له فرجا ومخرجا .

وبعد - أن استبان أمر الاسلام وأصبحت له دولة وتجمعت أعداؤه يتربصون به الدوائر .

فاذا جاء بعد ذلك بعض المنتسبين له ليرفض مجرد الخضوع الظاهرى لسلطان الدولة ويأبى الانصياع لتعاليمها ثم يعلن هذا الرفض ويتباهى بهذا الخروج على النظام العام للدولة ويصر على التمرد على القانون . والاستهانة للدستور الاسلامى .

فماذا يمكن أن يستشف من هذا التحدى انه بلاشك يعطى تصورا مريبا لنفسه ويضع نفسه موضع التساؤل والشك وماذا يمكن أن يترتب على ذلك حين يستهين الاسلام بشأن هؤلاء حتى يأخذ الارتداد شكل المرض الاجتماعى فيخرج جماعات من أبنائه لالشيء الا حب المخالفة والمحاكاة ؟.

لاشك أن هذا سوف يعطى انطباعا مزيفا وتصورا خاطئا لمن يريد الدخول فى الاسلام أو يفكر فى اعتناق مبادئه وتشيع بذلك حالة من التردد والارتياب لها أبلغ الاثر فى هدم كيان الامة وتفريق كلمتها والصد عن دين الله .

ولقد حاولت فعلا بعض جماعات من أهل الكتاب القيام بهذا العمل من أجل زعزعة الثقة فى الاسلام واحداث هذا الاثر السيء فهل اذا منع الاسلام هذا العبث وقطع الطريق على أمثال هؤلاء المتلاعبين بالعقيدة هل اذا فعل ذلك يكون مقيدا للحرية أو محاربا للعقائد ؟ لن يقول ذلك الا من لايستطيع التمييز بين الحرية والفوضى والنفع والضرر يحكى لنا القرآن الكريم ماحدث من هؤلاء المتآمرين فيقول وقالت طائفة من أهل الكتاب آمنوا بالذى أنزل على الذين آمنوا وجه النهار واكفروا آخره لعلهم يرجعون ولاتؤمنوا الا لمن تبع دينكم (1)) وحين يصل الامر الى هذا الحد . فان الموضوع لايكون موضوع حرية عقيدة بل يتجاوزه الى شيء آخر هو أقرب مايكون الى ما نسميه الان بالخيانة العظمى - وتهديد سلامة الدولة والنيل من مقدساتها وهذا ما شرعت الحرب لاجله وأذن بالقتال والقتل فى سبيل حماية الامة منه وهو فتنة يجب القضاء عليها .

....

(1) الايه ٧٢ - ٧٣ من سورة آل عمران .

والاسلام حين يقول بقتل المرتد لايتصيد المتهم للناس ولايحاول أن يلصق بهم ماليس فيهم بل أوجب على الامام أن يستكشف الاسباب فاذا وجد شبهة وجب عليه ازالتها أوتبين لديهم غموضا فى أى شأن وجب عليه أن يزيله بالحجج البينات والادلة القاطعة وعليه أن يفسح لهم صدره ويسمع منهم فأن تابوا ورجعوا كان بها والا أمهلهم وأعطاهم فرصة أخيرة ثلاثة أيام يراجعون فيها أنفسهم ويعرفون فيها المصير الذى ينتظرهم فاذا مضت وهم على اصرارهم نفذ حكم الله فيهم وليس بعد هذا عذر لمعتذر .

ثانيا : الناحية الثانية : الناحية التطبيقية :

بينا فى الناحية الأولى وهى الناحية التشريعية أن النصوص النظرية ليس فيها مايدل لامن قريب أو بعيد – على أن الاسلام يعتمد فى نشر مبادئه على اكراه أحد على الدخول فى الاسلام وأنه لم يرفع السيف لارغام أحد على اعتناق مبادئه .

وفى هذه الناحية التطبيقية نشير فى ايجاز الى أن الرسول عليه السلام وخلفاءه الراشدون من بعده لم يعلنوا حربا واحدة من أجل اكراه أمة أوفرد على الدخول فى الاسلام وكان لكل معركة دخلوها من الاسباب القوية مايجعل التأخير فى خوضها تقصير فى حق الرسالة وقصور فى القيام بواجب الامانة .

(أ) مع المشركين :

حين بدأ الرسول الدعوة الى الاسلام لاحقه المشركون بالأذى والعنت والاضطهاد حتى اضطروا الى أن يأمر أتباعه بالهجرة بعد أن ساموهم سوء العذاب فتركوا أموالهم وجميع ممتلكاتهم فرارا بدينهم بعد أن اصبحت الحياة جحيما لايطاق .

يقول المستشار على على منصور معلقا على كتابة صحيفة المقاطعة وغيرها من الوان الأذى التى أذاقوها للمسلمين (أليس هذا الأذى كله من قريش لمحمد وأتباعه اعلانا للحرب من جانبهم بلغة القانون الدولى الحديث لاشك انه لكذلك[1] .

....

(١) الشريعة الاسلامية والقانون الدولى العام للمستشار على على منصور ص٢٥٨

لقد كان المشركون فى سعة من أمرهم فيكتفوا بهذا الحد من المطاردة والتضيق ويقنعوا بهذا التنازل الضخم من رجل الدعوة وأى شىء بقى لدى هؤلاء المطاردين يمكن أن يتنازلوا عنه لارضاء هؤلاء المتعطشين لسفك دمائهم ؟ لا شىء الا اطفاء نور الله فى أرضه .

من هنا بدأ الاسلام يغير مسلكه فى مهجره الجديد فأخذ المسلمون فى درا دراسة طبيعة الارض التى نزلوا فيها حيث بدأت السرايا تجوب أرجاء الارض الجديدة .

ولقد كانت ضمن هذه السرايا سرية لعبد الله بن جحش التى صادفت عيرا لقريش خارجة ناحية العراق وتذكر أفراد السرية ماصنع بهم فى مكة وتشاوروا فى أمرهم قال بعضهم لبعض والله لئن تركتم القوم ليدخلن الحرام فليمتنعن منكم به .

ولئن قتلتموهم لتقتلونهم فى الشهر الحرام وكانوا آنذاك فى آخر رجب — وأخيرا أجمعوا أمرهم على الاشتباك معهم فقتلوا منهم وأسروا وأخذوا مامعهم وحين وصلوا المدينة أوقف الرسول الحكم فى القضية حتى يؤمر فيها بامر الله .

وانتهزت قريش الفرصة وراحت تشهر بالمسلمين وتقول أنهم قد قتلوا فى الشهر الحرام ومن ناحية ثانية لم يضيع اليهود الفرصة بل أخذوا يزيدون الهوة ويعمقون شقة الخلاف بين الطرفين (١) .

وهنا نزل القرآن الكريم يحسم القضية ويجلى الامر ويرد الحق الى نصابه فقال يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام واخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنه أكبر من القتل . ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عن دينكم ان استطاعوا، ثم يبرر عمل عبد الله ورفاقه ويحمد له سلامة قصده فيقول (ان الذين آمنوا والذين هاجروا وجاهدوا فى سبيل الله أولئك يرجون رحمة الله والله غفور رحيم .

اذ كيف يضف رجل أو جماعة غلت دماؤهم وضاقت صدورهم من طول ما عانوا ومن كثرة ماعذبوا فارتكبوا خطأ لا يقاس اطلاقا بالاهوال التى صبت عليهم ليس هذا من الانصاف فى شىء .

....

(١) انظر حياة محمد للدكتور محمد حسين هيكل ص ٢٤٥

وهكذا يبدأ الصراع بين الاسلام والشرك يأخذ طابعا جديدا .

فقد بدأت قريش تروج الأكاذيب ضد المسلمين بعد حادثة السرية وتوغر الصدور وكان هذا منها بمثابة تهيئة الرأى العام كله لكي يقول ما قد تقوم به ضدهم من عمل مسلح بعد أن تكون ملأت الدنيا مقدما بمبررات هذا العمل على نحو ما تصنع اسرائيل الآن .

وهنا أدرك الرسول مغزى هذه الدعايه فأخذ يسلك طريقا يحد به من تأثير هذه الدعايه التي تهدد سمعته وسمعة مبادئه .

فبدلا من أن ينسى العالم الأيذاء والأضطهاد الذى نزل بالمسلمين فى مكة حتى طردوا منها على أسوء وجه ثم يذكر مكان ذلك أن محمدا وصحبه قطاع طريق وقتله فى الشهر الحرام فبدلا من ذلك قرر الرسول عليه السلام انزال ضربة اقتصاديه بقريش تشعرها ببعض الالام التى أذاقتها للمسلمين وحتى تكون بمثابة القيد على تحركهم للعدوان فكانت غزوة بدر الكبرى التى كانت فيصلا بين النور والظلام ومن أراد الوقائع التفصيله فعليه يكتب التاريخ الاسلامى كل الذى نريد أن نقرره هو أن غزوة بدر الكبرى لم تكن هجوميه وانما كانت دفاعيه وقائيه ولم تكن من أجل اكراه على أحد على الدخول فى الاسلام .

ولاحاجة بنا الى الكلام عن غزوة أحد فمن المعلوم أنها كانت دفاعا حقيقيا من جانب المسلمين وهجومية شرسه من جانب المشركين ويكفى دليلا على ذلك أنها وقعت على الارض الاسلاميه .

ومثلها غزوة الاحزاب أو الخندق والتى فيها تعرض المسلمون لأقسى امتحان تتعرض له أمة فى كيانها ووجودها ومبادئها وكان لليهود فى قسوتها وايصالها الى ماوصلت اليه اليد الطولى .

فأما غزوة مؤته فان الرسول حين وقع صلح الحديبية ومؤداه أن تضع الحرب أوزارها بين الرسول وكفار قله عشر سنين وبهذا الصلح أمن الرسول عليه السلام الجنوبه وكان قد أمن الجزء الأدنى من الشمال بكسر شوكه يهود خيبر ووادى القرى عندئذ أراد أن يستأنف الدعوة الى الله بالموعظة والحكمة وفى حدود لا اكراه فى الدين فأرسل الى مكان يسمى وادى الطلح على حدود الشام

خمسة عشر داعيا يدعون الى الله ويبشرون بالدين الجديد فما كان جزاؤهم الا أن قتلوا عن آخرهم وهناك رأى آخر لبعض المؤرخين يقول ان سبب الغزوة ان الرسول عليه السلام أرسل أحد رسله الى عامل هرقل على بصرى فقتله أعرابى من غسان باسم هرقل – ونحن نرى أنه لا يبعد أن تكون الحادثتين قد وقعتا فأسهما فى التجهيز لهذه الغزوة (١).

واذن فماذا يصنع الرسول عليه السلام مع أمة وصلت فيها أساليب القمع والارهاب الى حد قتل الرسول ؟ وهو عمل أطبقت الاجيال المتعاقبه على استهجانه .

فقام الرسول بالتجهز ليكف هذا الشر – ويشعر هؤلاء القتله بأن للقتلى أخوة وأصحاب يستعدون للتضحيه من أجل ما ضحى من أجله اخوانهم فهل يمكن أن يقول أحد ان الرسول عليه السلام بخروجه لغزوة مؤته كان مهاجما أو يريد أن يكره أحدا على الاسلام ؟

سبب فتح مكة

لقد كان من آثار عودة المسلمين من مؤته على صورة ظن البعض أنها كانت للهزيمة أقرب حتى من بعض المسلمين بالمدينة اخذ بعض المسلمين بما لا يليق بهم . ان تشجعت قريش وراودتها أحلامها فى عودة الحال الى ما كانت عليه قبل صلح الحديبية وظنت أن الوقت مناسب لشن حرب على الرسول ومن معه ربما يكون الاخيره فجيشه المهزوم فى مؤته لن يقو على القيام بالرد وهو على ما هو عليه من تأثر نفسى بما يقال عنه فى الداخل والخارج وحنيئذ خيل لقبيلة بنى بكر حلفاء قريش أن الفرصة سانحة كى يصيبوا ثأرهم من خزاعة حلفاء الرسول صلى الله عليه وسلم وزاد من اقتناعهم بالقيام بهذا العمل تحريض قريش لهم وامدادهم لهم بالعتاد والسلاح فعدت بكر على خزاعه وسارعت خزاعة الى الاستنجاد بالرسول وطالبته بتنفيذ عقد المحالفة المعقود بينهم وبينه ونظر الرسول فوجد أن قريشا قد نقضت بهذا العمل العهد الذى عقدته مع الرسول عليه السلام .

....

(١) انظر حياة محمد للدكتور هيكل ص ٣٩٢

ورأى الرسول أنه لابد من القيام بعمل يود للمسلمين كرامتهم ويميت الوساوس التى تحركت لدى قريش فى مهدها فكان فتح مكه — وسوف نتكلم عن صفة هذا الفتح وحكمه وآثاره فى مبحث الارض المفتوحة عنوة — ولقد دخلها بأقل قدر من الخسارة — البشريه وبأكبر قدر من المحافظة على الدماء .

سبب غـزوة تبوك

فأما غزوة تبوك فقد كانت عملا وقائيا اضطر اليه الرسول عليه السلام بعد أن وصلته أبناء تفيد أن بلاد الروم تتهيأ لغزو العرب من الشمال (١) .

فبالرغم من الحر والجدب والقحط الذى كان يعانيه المسلمون الا أن الرسول عليه السلام رأى بما ألهمه الله من الحكمة وأصالة الرأى أن تدور الحرب هناك على الحدود بين البلدين وهذا خير بكثير من أن تدور على الارض العربيه — اذ أنه ما غزى قوم فى عقر دارهم الا ذلوا ولذا أراد الرسول أن تكون الارض العربية كلها من خلف جيشه روافد تمد المسلمين بما يحتاجون وعمقا منساح الجوانب يبعث القوة ويرفع من الروح المعنوية لدى الجيش المحارب . فمن العوامل التى لها وزنها فى تحقيق النصر حالة الجيش المعنوية والنفسيه وهى فى حالة الهجوم أحسن منها فى حالة الدفاع .

والعجيب أن يعى الصهانيه هذه الحقيقة فيجعلوها قاعدة مستمرة فى حروبهم ضد العرب . وأن ينسى العرب والمسلون ماكان عليه رسولهم وسلفهم .

وما حسبه الرسول عليه الصلاة والسلام لم يخطئ قيد أنملة فما أن سمع الروم بخروج الرسول عليه السلام حتى تفرقت جموعهم .

(ب) أسباب الصراع — مع اليهود

منذ وطئت أقدام المسلمين المدنيه وتوج ذلك بسلامة الرسول عليه السلام وافلاته من المؤامرة على حياته أخذ عليه السلام فى بناء الدولة الجديدة على أسس من المحبة الصادقة وفى اطار من الشمول والوحده فقد اتخذ بناء الدولة خطين رئيسيين .

....

(١) انظر حياة محمد للدكتور محمد حسين هيكل ص ٣٩٨ — ٤١٣

أحدهما : المؤاخاة بين المهاجرين والانصار والربط بينهما برباط العقيدة الـذى فاق فى آثاره ونتائجه أخوة اللحم والدم وأعطى الدعوة فيضا من الحيوية والحركة والتقدم .

ثانيهما : عقد المعاهدات مع طوائف اليهود التى تسكن معه المدينـه .

وكان الهدف من هذه المعاهدات تأكيد الحرص على المعايشه السلميه وارساء قواعد الحرية الدينية وتعميق الاحترام للدماء والاموال (١) .

ولقد بدأ الجانب الاسلامى تطبيق هذه المعاهدات روحا ونصا والتقيـد الجاد والمخلص بما جاء فى بنودها . ولقد يشير الى حسن النية الذى كان يكنـه المسلمون استشهاد الرسول عليـه السلام بأهل الكتاب على صدق دعواه وثبـوت رسالته (ويقول الذين كفروا لست مرسلا قل كفى باللـه شهيدا بينى وبينكم ومـن عنده علم الكتاب (٢)) .

ولكن تسلسل الوقائع وتداعى الحوادث فتح عيون المسلمين وعقولهم علـى ما بينه اليهود من شر مستطير فقد ظهر أن هؤلاء اليهود قد عقدوا المعاهدات مع الرسول طمعا فى ضمه الى جانبهم وربما استطاعوا الاستعانة به على النصارى فلما لم يمكنهم ذلك .

بدءوا أولا بالحرب الجدليه وممارسة الدس والوقيعة بين المسلمين فقد دسوا على المسلمين من أظهر الاسلام وجلس بينهم ليثير الأسئلة التى يظن أنها تسبب احراجا للرسول فيسأل سائلهم اذا كان اللـه قد خلق الخلق فمن خلق اللـه ؟ ويجيبهم الرسول عليـه السلام (قل هو اللـه أحد اللـه الصمـد) .

ويثير ـ فنحاص ـ وهو أحد أحبارهم الكبار حول فضيلة الانفاق فى سبيـل الله فيقول واللـه يا أبابكر ـ مابنا الى الله من فقر ـ وانه الينا لفقير وما نتضرع اليـه كما يتضرع الينا ـ وانا عنـه أغنياء وما هو عنا بغنى ولو كان عنا غنيا ـ ما ستقرضنا أموالنا كما يزعم صاحبكم ينهى عن الربا ويعطيناه .. وهو يشير بذلـك

....

(١) انظر الشريعة الاسلامية والقانون الدولى العام للمستشار على على منصـور ص ٢١٥ ـ ٢٢٧ .

(٢) الآيـة ٤٣ من سورة الرعـد .

الى قوله تعالى من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له أضعافا كثيرة والله يقبض ويبسط واليه ترجعون (١) .

ويتنزل هذا الافتراء من أبى بكر بالمكان السوء ولا يملك من نفسه الا أن يضربه ضربا شديدا ويقول والذى نفسى بيده لولا العهد الذى بيننا وبينكم لضربت عنقك يا عدو الله ويذهب الى الرسول متبجحا باكيا منكرا فيتنزل الوحى مصدقا مقالة أبى بكر فيقول . لقد سمع الله قول الذين قالوا ان الله فقير ونحن أغنياء سنكتب ما قالوا وقتلهم الأنبياء بغير حق ونقول ذوقوا عذاب الحريق ذلك بما قدمت أيديكم وأن الله ليس بظلام للعبيد (٢) .

وكان تحويل القبلة فرصة ثمينة بالنسبة لهم فقد استغلوه أسوأ استغلال حتى ارتد بسبب حملات التشكيك التى قاموا بها بعض المسلمين وكان نشاطهم من الضراوة والخطورة ما استدعى نزول الوحى القدسى كى يفند الشبهة ويزيل الغمة ذلك قول الله تعالى سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التى كانوا عليها قل لله المشرق والمغرب يهدى من يشاء الى صراط مستقيم الى أن قال - وان الذين أوتوا الكتاب ليعلمون أنه الحق من ربهم وما الله بغافل عما يعملون (٣) .

ذلك - بالاضافة الى المحاولات المستمرة للوقيعة بين الأوس والخزرج واحياء ما أماته الاسلام من أسباب الفرقة والشقاق ولقد كادوا أن يصلوا الى مآربهم لولا أن الرسول عليه السلام كان يسارع المرة بعد المرة لاذهاب ماعلق بالنفوس واماتة ما استيقظ من الفتنة .

ولقد وجد اليهود أن الاقتصار على مجرد التشكيك وبث الفرقة والقاء الشبه لن يوقف التيار المتصاعد للاسلام فانتقلوا الى مرحلة أخرى هى مرحلة العداء المعلن [illegible] وقد بدأت بوادر هذه المرحلة بعد غزوة بدر وانتصار المسلمين فيها حين أخذ اليهود يظهرون العطف والحسرة على ما أصاب أهل مكة وبدأ التغامز والتآمر على المسلمين وتقليل شأن النصر الذى حصلوا عليه وترويج مقالة مؤداها أن المسلمين ما كانوا ليحصلوا على ما حصلوا عليه من النصر لو أنهم قابلوا اليهود

....

(١) الآيه ٢٤٥ من سورة البقرة (٢) الآيات ١٨١ - ١٨٢ من سورة آل عمران
(٣) الآيات ١٤٢ - ١٤٤ من سورة البقرة

فى مثل هذه الموقعه بل قالوا ان النصر الذى حصلوا عليه لايوجع الى مهارة المسلمين بقدر مايوجع الى عدم خبرة المكيين بالحرب . فكانوا يقولون (لايغرنك يامحمد أنك لقيت قوما لا علم لهم بالحرب فأصبت منهم فرصة أنا والله لئن حاربتنا لتعلمن أنا نحن الناس .

ونشطت الرحلات من أشراف اليهود التأنيب التوشيين وغيرهم للقضاء على المسلمين ووصل بهم أمر اثارة المسلمين الى مداه حين قدمت امرأة من العرب الى سوق اليهود من بنى قينقاع حيث كانوا تجارا وصاغة ومعها بعض الحلى فجلست الى صائغ منهم فجعلوا يريدونها على كشف وجهها وهى تأبى فجاء يهودى من خلفها على حين غفله منها وثبت طرف ثوبها بشوكة الى ظهرها فلما قامت انكشفت سوأتها فضحكوا بها فصاحت فوثب رجل من المسلمين على الصائغ فقتله وشدت يهود على المسلم فقتلوه فاستصرخ أهل المسلم المسلمين على اليهود ووقع الشر بينهم وبين بنى قينقاع وأعلن اليهود الغاء المعاهدة من جانبهم بهذا العمل وتحصنوا بحصونهم فأنزل الله تعالى — واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ان الله لايحب الخائنين — (١) فنبذ الرسول عهدهم وحاصرهم خمسة عشر يوما متتابعة وثم اجلاؤهم الى الشام — (٢)

فهل بعد هذا العمل من بنى قينقاع يقال ان الرسول عليه السلام بدأ بنبذ عهدهم أم هم الذين نكثوا عهدهم وامتهنوا كرامة المسلمين فاستحقوا ماحل بهم بعد أن استحال عليهم أن يعايشوا النظام الجديد .

" لماذا أجلى الرسول بنى النضير " ؟

حين انهزم الجيش المسلم فى أحد كانت من أسباب هذه الهزيمة عملية التصدع التى فاجأهم بها عبد الله بن أبى بن سلول اذ رجع بثلث الجيش من الطريق — ولايخفى ما لمثل هذا العمل من الأثر السيء على الروح المعنوية للجيش الذاهب الى المعركة .

....

(١) الآيه ٥٨ من سورة الانفال (٢) حياة محمد للدكتور هيكل ص ٢٧٤

وتلى ذلك – ماحدث أن منى المسلمون بمقتل مايربو على اربعين مسلما من خيارهم فى بئر معونة غدرا وظلما (١) . حيث ذهبوا معلمين مفقهين ولم يذهبوا غازين أو محاربين بل ان هذا الحدث داهم المسلمين ولما تجف دماء بعض كبار الصحابة الذين قتلوا يوم الرجيع ذهبوا ما بين قتل وأسير – ولم يكونوا مقاتلين بل كانوا معلمين ومفقهين كذلك .

أبرز تتابع الحوادث على هذا النحو مكنون ضمائر اليهود من بنى النضير وخبث طويتهم . فلقد ظنوا أن الوقت مناسب لاستغلال هذه الحوادث فى النيل من الاسلام ورسوله فحدثتهم أنفسهم – أنهم لو استغلوا هذا الجو الخانق وأضافوا اليه حادثا – مثل اغتيال الرسول صلى الله عليه وسلم لاصبح من السهل القضاء بعد ذلك على الاسلام للأبد .

وعزموا على ذلك حين ذهب اليهم الرسول عليه السلام يطالبهم بالمساهمة فى دفع دية قتيلين قتلهما حليفهم عمرو بن أمية وكان قومه حلفاء لبنى النضير وبمقتضى عقد المحالفة هذا يجب عليهم أن يساهموا فى دية القتيلين ولقد أظهروا السرور والموافقة واغتبطوا بمقدم الرسول وجلس بعضهم يدور بالحديث ويراوغ فى القول حتى يتيح الفرصة للمتآمرين تنفيذ مؤامرتهم .

وتتلخص فى أن يلقى أحدهم حجرا كبيرا على رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعلى الجدار الذى يسند اليه الرسول ظهره .

ولكن الله الذى يعصمه من الناس أخبره بما بيتوا من الغدر به فخرج مسرعا الى المدينة وتبعه أصحابه ثم أرسل اليهم محمد بن مسلمة وقال له اذهب الى يهود بنى النضير وقل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلنى اليكم أن اخرجوا من بلادى لقد نقضتم العهد الذى جعلت لكم بما عممتم من الغدر بى – وأمهلهم مدة فلم يخرجوا مما اضطره الى حصارهم فحاصرهم حصارا لم يجدوا معه بدا من الخروج عن المدينة .

ومرة أخرى نسأل من كان المعتدى ومن الذى بدأ بنقض العهد ؟ لا شك أنهم بنو النضير هم البادئون بذلك .

....

(١) بئر معونة مكان بين أرض بنى عامر – وحرة بنى سليم – انظر فتوح البلدان ص ٢٣

لماذا قتل مقاتله بني قريظة ؟

لقد كان فى وسع بنى النضير الذين اجلوا عن المدينه بعد الذى حدث منهم ان يتركوا الرسول يمضى الى طريقة فلا يحاولوا اعتراضه بعد ذلك ولكن الشيطان سول لهم سوء عملهم فرأوه حسنا فتمادوا فى غيهم واصروا على مواصلة التآمر حتى النهاية .

فلم يكد زعيمهم حيي بن اخطب ان يخرج من المدينه حتى ذهب هو وسلام ابن ابى الحقيق وآخرون الى مكة ليؤلبوا قريشا من جديد ويقنعوهم باستعداد بنى النضير وبنى قريظة للانضمام اليهم فور وصولهم (١) - ولقد برهنوا لهم على ذلك بأن صرحوا امامهم بانهم مستعدون لذلك . لان الوثنية عندهم افضل من التوحيد الذى يدعو اليه محمد فلقد قالت قريش لهم يامعشر يهود - انكم اهل الكتاب الاول - وأصحاب العلم بما اصبحنا نختلف فيه نحن ومحمدا - أفديننا خير ام دينه ؟ قال زعماء يهود دينكم خير من دينه وأنتم اولى بالحق منه .

يعجب القرآن من هذا الشذوذ ممن يدعون انهم دعاة للتوحيد متمسكون به فيقول . (ألم تر الى الذين أوتوا نصيبا من الكتاب يؤمنون بالجبت والطاغوت ويقولون للذين كفروا هؤلاء اهدى من الذين آمنوا سبيلا أولئك الذين لعنهم الله ومن يلعن الله فلن تجد له نصيرا (٢)).

ولقد انتقد هذا الموقف وعابه عليهم كاتب اسرائيلى هو الدكتور - اسرائيل ولفنسون فى كتابه تاريخ اليهود فى بلاد العرب - فقال - كان من واجب هؤلاء اليهود الا يتورطوا فى مثل هذا الخطأ الفاحش والا يصرحوا امام زعماء قريش بأن عبادة الاصنام افضل من التوحيد الاسلامى ولو ادى بهم الامر الى عدم اجابة مطالبهم (٣) .

وبعد أن طاف الوفد بكل القبائل المجاورة ذهب الى كعب بن أسد صاحب عقد بنى قريظة ومازال به يذكره ويثير الاحقاد الدفينة حتى اقنعه بأن الاحزاب ستنتصر على محمد وانه من الخير له الا تفوته هذه الفرصة فيندم بعد ان لا ينفع الندم .

....

(١) انظر فتوح البلدان ص ٢٨ (٢) الايات ٥١ - ٥٢ من سورة النساء
(٣) حياة محمد ص ٣١٩ - ٣٢٠ .

وجاءت قريش وحاصرت المدينه ووجد كعب الفرصه المواتيه فأعلن فى أحلك الساعات نقض العهد الذى بينه وبين المسلمين وانضمامه وقومه للغزاة فاشتد خوف المسلمين وعندئذ سارع الرسول عليه السلام بارسال وفد اليهم على رأسه سعد ابن عبادة سيد الخزرج وسعد بن معاذ سيد الأوس - لاستجلاء الخبر فوجدوا الخبر صحيحا فحاولوا معهم محاولة مستميته من أجل الابقاء على المعاهده حيث لا موجب لنقضها .

فطالبوا أولا برد بنى النضير الى ديارهم فاضطر الوفد الاسلامى أن يرفض وأن يذكرهم بسوء صنيعهم والعاقبة السيئة لقاء هذا العمل فانطلقت ألسنتهم بالسب والنيل من رسول الله شخصيا وعاد الوفد لينقل للرسول ما رأى - وتبدأ قريظة بتنفيذ المقاطعه فتبدأ بقطع المدد من القمح عن المسلمين ويزلزل المسلمون زلزالا شديدا وتتطور الحوادث وينجلى الموقف عن نصر من الله لرسوله وللمؤمنين ويرد الله الاحزاب بغيظهم لم ينالوا خيرا ويكفى الله المؤمنين القتال .

هنا لم يجد الرسول بدأ بما ألقى عليه من مسئولية تجاه الامة التى حمل أمانه هدايتها أن يصفى حسابه مع هؤلاء الذى دمروا الجبهة الداخليه فى أحلك الساعات وأحرج المواقف .

فهل كان الرسول عليه السلام هو الذى بدأ بنقض المعاهدة أم هؤلاء ؟.

ولا يلوم الرسول على ذلك الا جاهل أو متحيز متعصب .

لماذا فتح الرسول خيبر ؟

لم يكن يهود خيبر بأكثر اعتبارا من غيرهم بما وقع من أحداث لبنى جلدتهم بل بعد تصفية الحساب مع بنى قريظة بدأ الهمس فى صفوفهم فى صورة مطالب لزعماء خيبر بأن يبادروا الى تأليف كتلة لا تضم أحدا من قبائل العرب هذه المرة بل تقتصر على يهود خيبر ووادى القرى وتيماء - على أن ينتهز هذا التجمع أية فرصة ينقض فيها على المدينة .

ولقد بدأ هذا التجمع قويا أعطى انطباعا عاما بأن الدائرة ستدور على المسلمين ذلك لان موقع خيبر فى ذاته موقع حصين يصعب على المسلمين اقتحامه ان لم يكن مستحيل فهى تقع فوق الصخور والجبال .

ولانهم يمتازون بطول الممارسة ودقة التدريب وقوة البأس - وكان السكوت على هذا التجمع على ماهو عليه من قوة ومناعة موقع بالاضافة الى ماعرف عن اليهود من غدر وخسة واحتمال أن يستعين هذا التجمع بكسرى أو هرقل أو يستعين بهم هؤلاء كان السكوت على هذا كله معناه اعطاء الفرصة لهم ومنحهم الوقت الكافى لاتمام مخططهم وهذا لايليق أن يسكت عليه قائد عادى فضلا عن قائد رسول .

لذلك أسرع الرسول عليه السلام بالخروج اليهم حتى يريح الجزيرة هذه المرة من شرهم وحتى لايتمكنوا أيضا من الاتصال ببعض القبائل التى أوترها انتصار الرسول المتلاحق مثل غطفان وغيرها - وهكذا فما كاد يرجع من الحديبية حتى أمر الناس بالتجهز لغزو خيبر على ألا يخرج معه الا من كان حاضرا صلح الحديبيه .

وذهب اليهم وحاصرهم وامتنعت على المسلمين أول الامر ثم تجالد المسلمون واستماتوا فى المعركة حتى كتب لهم النصر بكسر شوكتهم ثم تركهم يعملون فى الارض بنصف مايخرج منها فأى الطرفين كان البادئ بالشر ؟ والناقض للعهد ؟.

مسيرة الخلفاء بعد الرسول عليه السلام

لقد كان الرسول عليه السلام يباشر الدعوة الى الله عن طريق الكتابة للملوك وفيها دعوة الى عبادة الله وحده لاشريك له ومطالبة الملوك بالعدل والانصاف للرعية وكانت هذه الكتب الى جانب ذلك بمثابة الاعلان عن الدولة الجديدة عن قيامها ووجودها (١).

ولقد اختلفت ردود الدول على هذه الكتب تبعا لرد الفعل الذى أحدثته لدى كل ملك أو رئيس لهذه الدول فمنهم من رد ردا جميلا ومنهم من أرسل الهدايا مثل المقوقس عظيم القبط بمصر - وهذا يعتبر بمثابة الاعتراف بقيام الدولة الجديدة (٢).

فأما كسرى . فانه قام بتمزيق كتاب الرسول وأرسل الى عامله باليمن ليأتيه برأس هذا المتطاول على هيبته المجترئ على الكتابة اليه وهذا منه بمثابة اعلان

....

(١) الشريعة الاسلامية للمستشار على على منصور ص ٢٨٣

(٢) المرجع السابق ص ٢٨٤

للحروب على الدولة الجديدة بل أخذ أمراء الفرس المتاخمون للجزيرة العربية فى التحرش بمن جاورهم من المسلمين فكان لامفر من قبول التحدى - ورد العدوان - وتوفى الرسول عليه السلام - وهو بصدد لهذا التحدى باعداد جيش أسامة بن زيد وأنفذ أبوبكر بعث أسامه وامتدت الحروب حتى عهد الخليفة الثانى عمر بن الخطاب ردا للعدوان وتحريرا للعقول حتى تتمكن من النظر والتفكير . ولم تكن هناك وسائل اعلام يمكن عن طريقها ايصال الدعوة اليهم اذن لاكتفى بذلك فكان لابد من ازاحة كابوس القهر والتسلط من الطريق حتى يتمكنوا من النظر ثم هم بعد ذلك احرار فى أن يؤمنوا أو يعقدوا معاهدات عن تراض بين الطرفين فى اطار من الاحترام المتبادل والسلام العادل[1] .

وأما الرومان فان أحد عمالهم وهو شرحبيل الغسانى قد قتل الحارث بن نمير الاسدى حامل كتاب الرسول الى أمير بصرى ولم يقف الامر عند هذا الحد فان نصارى الشام الموالين للرومان قد قاموا بقتل بعض المسلمين من القبائل المجاوره لهم وعلى ذلك فلا بد أن يتدخل الاسلام فهو وان لم يكن من مبادئه أن يكره أحدا على الدخول فيه واعتناق مبادئه الا انه يرفض أن يكره أتباعه على ترك دينهم - وكانت هذه فتنة يجب حصر شرها[2] والقضاء عليها تنفيذا لقوله تعالى (ومالكم لاتقاتلون فى سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا .)

على هذا الطريق سار الخلفاء كما رسمه لهم قائدهم فلم يحيدوا ولم ينحرفوا فانتشر نور الاسلام وعمت عدالته أرجاء الارض .

....

(١) انظر أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلامية للدكتور حامد سلطان ص ١٠٢ - ١٠٥ بند ١٤٩

(٢) انظر الشريعة الاسلامية والقانون الدولى العام على على منصور ص ٢٨٦

المبحث الثاني

هل يصلح الأستيلاء بالفتح أن يكون مصدرا للتملك ؟

وهذا المبحث يستمل على مطلبين :

الأول : الاستيلاء الاسلامي   الثاني : الأستيلاء الكافر

المطلب الأول

استيلاء القوات الاسلامية

تمهيد : حين طغى رجال الدين المسيحى فسخروا الدين من أجل تحقيق المطامع الشخصيه والمنافع الذاتية واتحدت غايتهم مع رجال السلطة حيث أصبح الهدف الرئيسى الذى يعملون له هو استغلال الجماهير الكادحة والاستئثار دونها بكل شئ .

أعطى كل ذلك انطباعا خاطئا بأن هذا الانحراف نابع من الدين نفسه بفصل الدين عن الدولة ورفع سلطان الكنيسه عن الحياة العامه وتلقف فارتفعت الأصوات مطالبة أعداء الاسلام هذه الدعوى وراح يطبقها على الاسلام وينادى بفصل الدين عن الدوله كما هو الحال ازاء الديانه المسيحية وظن خطأ أن هذا بداية التقدم . وأساس التطور وقد نشأ هذا الخلط من الجهل الفادح بطبيعة الاسلام التى تخلو من الكهانة والتكهن وأنه ليس فيه رجال دين بالمعنى المتعارف فى المسيحية يستمدون سلطانهم من الله وان كان فيه علماء دين ونشأ كذلك عن غرام طائش بالتقليد الاعمى للحضارة المادية فى كل ناحية وبأى أسلوب حتى ولو كان فى ذلك الضرر المحقق والانحلال المروع .

كذلك :

حين طغت الدول الكبيره وراحت تلتهم الامم الصغيره وتستولى على أرضها دون حياء أو مبالاة ارتفعت أصوات تنادى بتحريم الاستيلاء على الأراضى وضمها عن طريق القوة والقهر . فقد وجد من يحاول أن ينسب ذلك الى فريضة الجهاد الاسلاميه وينادى بالغائها . أو سقوطها كما تقول طائفة القديانية . بل وبعض الاحزاب فى تركيا .

وانصافا للحق • نقول — ان هذه الدعوى تنطبق على الواقع المسيحى تاريخا وحاضرا • وتطبيقا أما الاسلام فقد مربك الاسباب التى يدخل الحرب بناء على تحققها • ورأيت تاريخة وواقعه التطبيقى الذى سار عليه الرسول عليه السلام وخلفاؤه من بعده • تاريخا يتلألأ نقاء وطهرا •

واليك نظرة مؤجزة على ماكانت تفعله أوربا المسيحية بالبلاد الاسلامية وغيرها وكيف كانت تختلق الاسباب وتلفق الحجج من أجل احتلال الدول الاخرى •

فمنذ حركة الأكتشافات الجغرافية بل ومن قبلها حتى الحروب الصليبية اجتاحت أوربا موجة من التعصب الاحمق ضد المسلمين بوجه خاص • وحتى الآن •

فقد استطاع آباء الكنيسه ان يسخروا المجهودات التى تبذل من أجل الاكتشافات الجغرافية لصالح عملية احتلال الأراضى الاسلامية وغيرها والتنبيق على أصحابها •

فكانت المراسيم تصدر الواحد تلو الاخر تشجيعا ومباركة للرحالة على أن عملهم هذا من أجل المسيح — وعملا على نشر الدين المسيحى فى بلاد الكفره المسلمين على حد تعبير بعض آباء الكنيسة من هذه المراسيم مثلا • مرسوم صدر سنة ٤٥٤ ام يقول (ان سرورنا لعظيم أن نعلم أن ابننا المحبوب هنرى أمير البرتغال قد سار على خطى أبيه الملك جون — بوصفه جنديا قديرا من جنود المسيح ليقضى على أعداء الله أعداء المسيح من المسلمين الكفرة[1]) •

ولقد كان يكفى لدخول الأقليم المكتشف فى ملكية الدولة المكتشفه — أن ينزل الرحالة أى مكان من الأقليم — وبمجرد أن تطأ قدماه أرضه فان ذلك يكفى فى حكم القانون عندهم لخضوعه لسلطان الدولة التى ينتمى اليها الرحالة — وأن الاستيلاء الرمزى على جزء من شاطئ النهر يترتب عليه — أن تدخل فى ملكية الدولة مساحة الأقليم التى تمتد من المنبع الى المصب يقول الدكتور حامد سلطان — وحين اكتشف (كولومبس) قارة أمريكا — سارع علماء القانون من الأوربيين المسيحين الى تقرير قاعدتين قانونيتين — أولا — ان كل أقليم خارج نطاق أوربا المسيحيه يعد اقليما مباحا يجوز لاية دوله أوربيه مسيحية امتلاكة عن طريق الاكتشاف — والحيازة) — ثانيا — ان مثل هذا الأقليم المكتشف يعد اقليما مباحا حتى ولو كان

....

(١) أحكام القانون الدولى العام د• حامد سلطان

مسكونا أويحيا عليه شعبه الأصلى.[1]

وانطلاقا من هذا المفهوم قامت أوربا المسيحية باقتسام البلاد الاسلامية والقارة الأفريقيه وذلك باسم الاستعمار تارة – وباسم فرض الحماية تارة أخرى – وباسم توزيع مناطق النفوذ طورا ثالثا – كل ذلك بدون أن يصدر عدوان من أهل هذه البلاد اللهم الا ابتغاء نهب ثرواتها واستعباد أهلها .

ولقد عقدت اتفاقية فيما بين هذه الدول سنة ١٨٨٥م ببرلين بخصوص تنظيم استعمار الأقاليم الأفريقية نص فيها على أن تعلن الدول المسيحية الأوربيه بعضها بعضا بالمناطق التى استولت عليها – واستعمرتها – وذلك للقضاء على التنافس غير المشروع فيما بينها[2] .

هذه نبذة موجزة عن الكيفية التى كانت ولازالت تستباح بها البلاد الاسلامية وهى سياسة موسومة بدقة فائقة يتسلم قيادها اللاحق من السابق وتتوفر عليها من أجل استمرارها وتحقيقها الاجيال المتعاقبة – ومن يراقب سير الاحداث يلمس صدق هذا القول – فما يحدث بالفلبين – وفلسطين والدول الاسلامية عموما فى أفريقيا وآسيا يقف على حقائق مذهله .

صفة الفتح الاسلامى

فأين هذا من الفتوحات الاسلامية التى تحكمها قوانين العدل والرحمة والانصاف ويحركها حب الخير الحقيقى للناس جميعا وقد اعترف بهذه الميزه أعداء الاسلام قبل أصدقائه[3] . وكيف تكون لدى المسلمين شهوة التملك المستغل – بعد أن قرر دستورهم – أن الارض لله يورثها من يشاء من عباده – وبعد أن تربوا على أن الغاية من دخولهم أى بلد لابد أن تتوفر فيها الاسباب التى مر ذكرها فاذا وجدوا أن الامر يستدعى البقاء فغايتهم اصلاح ما فسد – وتقويم ما اعوج ورفع الظلم عن المظلومين . الذين ان مكناهم فى الارض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الامور .

....

(١) راجع فيما سبق – أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلامية للدكتور حامد سلطان ص٢٣٣ – ٢٣٦ (٢) المرجع السابق ص ٢٣٦ – ٢٣٧

(٣) انظر الدعوة الى الاسلام للسيرتوماس أرنولد ، والشريعة الاسلامية ص٢٤٦ ومابعدها للمستشار على على منصور .

وبعد أن حذرهم دستورهم من افساد أى صالح - بل الواجب استدامة الاصلاح والصلاح ولاتفسدوا فى الارض بعد اصلاحها . وادعوه خوفا وطمعا وبعد أن جعل غايتهم توفير الحرية والعزة والكرامة لاصحاب البلاد الاصليين حيث يقرر أن لهم ما لنا وعليهم ما علينا . فالامام حين يدخل أى بلد بعد أن يعرض الاسلام أو دفع الجزية على ماسبق بيانه . فله أن يبقى الارض مع أصحابها يعملون فيها . وتكون ملكا لهم على ماذهب اليه أبو حنيفة أو يعملون فيها وحيازتها يختص بها المسلمون كما فعل الرسول بخيبر أو يوزعها على المسلمين كما يرى الشافعيه أو يجعلها ملكية عامة للجماعة كلها كما يرى الامام مالك على ما سيأتى بيانه .

ولقد كان الاطار العام الذى يحكم الجيش الاسلامى قوله عليه السلام . يا أيها الناس لاتتمنوا لقاء العدو واسألوا الله العافيه فاذا لقيتموهم فاصبروا واعلموا أن الجنة تحت ظلال السيوف .

فهل حين يرتفع صوت يطالب بتحريم الجور والاستغلال الذى أوقعته المسيحية بالبلاد الاسلامية تسارع أصوات الببغاوات لتعكس القضية وتجعل سبب هذه النكبات كلها فريضة الجهاد الاسلامية ؟ انه التخطيط المدروس للطعن على كل القيم الاسلامية بلا استثناء .

لقد اثبت الواقع الاسلامى - أن القتال الذى كان ينشب خارج بلاده لم يكن مع سكان البلاد الاصليين بل كان يدور مع الحكام المستعمرين ومن يستعينون بهم من الجنود المرتزقه الذين يقاتلون على ملء بطونهم وربما سبق أهل البلاد الى حرب لم يريدوها .

ولقد ثبت فى كثير من الاحيان أن شعوب البلاد المفتوحه كانوا يعاونون المسلمين فى قهر حكامهم ويدلونهم على عوراتهم كما حدث ذلك فى فتح العراق والشام ومصر (1).

ومما يؤكد أن المسلمين كانوا لايدخلون البلاد رغبة فى السيطرة أو حب الفتح لذات الفتح أن البلاد التى كانت تتأكد مسالمتها كانوا لايتعرضون لها بسوء - كما حدث ذلك بالنسبة للحبشة فلم يذهب لها المسلمون فاتحين بالرغم

....

(1) انظر الاموال لابن عبيد ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - والفاروق عمر للدكتور هيكل . والصديق له أيضا .

من أنهم كانوا يستطيعون ذلك — ومن ذلك ما كان بالنسبة لجزيرة قبرص .

فقد كانوا أهل ذمة للمسلمين والرومان فى نفس الوقت وكان من عهدهم الا ينصروا المسلمين ولا ينصروا عليهم — وعندما أعانوا الرومان ضد المسلمين سنة ٣٢هـ أراد معاوية غزوهم ولما أستشار العلماء فى ذلك اشاروا عليه بأن يتركهم وفاء لهم بعهدهم . يقول أبو عبيد القاسم بن سلام (فأرى أكثرهم — أى العلماء — قد وكد العهد ونهى عن محاربتهم حتى يجمعوا جميعا على النكث . ثم قال — وهذا أولى القولين عندى بأن يتبع — وأن لا يؤخذ العوام بجناية الخاصة الا أن يكون ذلك بممالاتهم جميعا — ورضى بما صنعت الخاصة فهنالك تحل دماؤهم[1] . فهل يمكن أن يقارن ذلك بما حدث للمسلمين بالأندلس . وبما كان يراد من حركة الاكتشافات وماحدث اثناء الحروب الصليبيه التى أجرت الدم أنهارا بعد ان رفع السكان رايه التسليم .

ان التحريم المطلوب هو تحريم العدوان الذى تقوم به المسيحية الآن . معلنة تارة ومتخفية تارة أخرى .

فأما فريضة الجهاد الاسلامية فهى الاصل الباقى لخلاص الانسانية كلها مما ترزح تحته من استغلال وسيطرة — فالقوة الاسلامية التى تتكون على النحو الذى سبق تكون هى فى الواقع مركب النجاة لهذا العالم . فهى قوة غير منحازة وغير مستغله — وغير متباطئه عن نصرة الضعفاء والمنكوبين . ان شعوب أفريقيا تجأر من التميز العنصرى — وفى العالم من القوة مايستطيع بالاشارة ان يرفع عن هذه الشعوب ماتعانية لكنها قوة تدمير وليست قوة اصلاح .

وحين قامت قوات البوتغال بمحاولة لغزو غينيا — صرخ الرئيس أحمد سيكوتورى رئيس جمهورية غينيا وكان نداؤه قاصرا على قوله (أريد ارسال قوات تصد الغزو ولا أريد ارسال لجان للتحقيق[2] .)

واجتمع المجلس الوزارى لمنظمة الوحدة الافريقية وكان الاقتراح المطروح للبحث هو انشاء قوة طوارئ بقيادة عسكرية افريقيه لمواجهة عدوان الدول الاستعمارية[3]

....

(١) الأموال ص ٢٤٩ — ٢٥٤ (٢) الصحف المصرية الصادره فى ٢٣/١١/١٩٧٠

(٣) الاهرام الصادر فى ١١/ ١٢/ ١٩٧٠

ووقف الامر عند هذا الحد ـ ولو كان الحكم للأسلام لما انتظر النداء .

المطلب الثاني

حكم استيلاء الكفار على الأموال الاسلامية

بعد أن تبين لنا أن الاستيلاء بضوابطه المشروعة التى سبق ذكرها يكون مصدرا للتملك ان رأى الامام كان طبيعيا أن يثور سؤال عن حكم استيلاء الكفار الحربين على الأموال الاسلامية ـ وللأجابة على هذا نقول .

اختلف الفقهاء فى حكم تملك الكفار للاموال الاسلامية بالاستيلاء عليها على مذهبين :

(١) المذهب الاول : يرى أنهم لايملكونها واليه ذهب الشافعيه والظاهرية واحدى الروايتين عن الامام احمد[١] .

(٢) المذهب الثاني : أنهم يملكونها بالاستيلاء عليها ـ واليه ذهب الحنفية[٢] وجماعة

الأدلة

وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة أصحاب المذهب الاول ـ القائل بعدم تملك الكفار للأموال الاسلامية بالسنة ـ والمعقول .

أولا ـ السنة :

(١) ماروى عن عمر ان بن الحصين قال كانت (ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم) العضباء ـ من سوابق الحاج . فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وناموا فجعلت لاتضع يدها على بعير الا أرغى ـ حتى أتت العضباء فأتت ناقة ذلولا . فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرتها فلما قدمت

. . . .

(١) الام للامام الشافعى جـ٤ ص١٧٠ ـ ١٧١ ط دار الشعب والمحلى لابن حزم جـ٧ ص٣٠٠ والشرح الكبير للمقدس جـ١٠ ص٤٨ ط أولى .

(٢) الهداية شرح البداية جـ٣ ص١١١

المدينة عرفت الناقة • فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها لانذر فيما لايملك ابن آدم ولانذر فى معصية •

وجه الدلالة : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد استرد ماله حين عرفه وهذا صريح فى أن المرأة ليست مالكة للناقة لانها غير مملوكة للمشركين حين استولوا عليها - اذ لو ملكوها لملكتها المرأة ولم يكن هناك مسوغ لاسترداد الرسول الناقة منها أما وقد استردها دل ذلك على بقائها على ملكه وعدم تملك المشركين لها (١) •

(٢) ماروى من أن غلاما وفرسا لابن عمر أبقا الى العدو وحين ظهر المسلمون على المحاربين ردهما الرسول عليه السلام - ولم يقسمهما (٢) •

فقد دل ذلك على أن استيلاء الكفار لم يغير بقاءهما على ملك صاحبهما - اذ لو تأثرت هذه الملكيه باستيلاء الكفار لقسمهما الرسول ضمن الغنيمة لكنه لم يفعل فدل ذلك على أن الاستيلاء منهم لايفيد التملك •

ثانيا : المعقول :

وأما المعقول • فقالوا لو أبيح للكفار تملك أموالنا بالاستيلاء عليها لجاز لهم أن يتملكوا رقابنا - كذلك - قياسا على المسلم - فانه لما أبيحت لنا أموالهم أبيحت لنا رقابهم لكن رقابنا لاتباح لهم بالاجماع - فلا تباح أموالنا لهم قياسا على ذلك •

ثانيا : أدلة المذهب الثاني :

واستدل المذهب القائل بأن الاستيلاء من الكفار يفيد التملك بما يأتى من الكتاب • والسنة • والمعقول •

أولا : الكتاب :

قال تعالى (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم) (٣) •

ووجه الدلالة من النص - أن الله تعالى قد سماهم فقراء والفقير من لايملك شيئا فدل ذلك على أن الكفار ملكوا أموال المسلمين التى تركوها وهاجروا عنها وقد كان الكفار يعمدون الى ديار من هاجر وعقاره فيستولون عليه (٤) •

....

(١) انظر الام للامام الشافعى جـ٤ ص ١٩٦ ط دار الشعب

(٢) نيل الاوطار جـ٧ ص٢٩٢ - والمحلى لابن حزم جـ٧ ص٣٠٦ هامش

(٣) الايه ٨ من سورة الحشر (٤) انظر فتح القدير جـ٤ ص ٣٣٨

ثانيا : من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل أين تنزل غدا بدارك ؟ فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ (١) .

والوجه منه أن هذا الخبر يدل على أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء عليها حيث لم ينتزع الرسول الدور من عقيل .

ثالثا : المعقول :

قالوا : ان الاستيلاء قد وقع على مال مباح فوجب أن يفيد التملك - قياسا على الاصطياد والاحتطاب . وسائر المباحات - فان الاصل الاباحة فان عرض لهذا الاصل مايخرجه عن أصله وهو الاباحة الى الحظر كالعصمة فان الحظر يبقى مابقى سببه ووجد وهو العصمة - والمقتضى للعصمة هنا - هو تيسير التمكن للمحتاج من أجل الحاجة والانتفاع فاذا زالت المكنة باستيلاء العدو واحراز المال تزول العصمة على أثر ذلك ويزول بزوالها الحظر الذى أوجبته ويعود الحكم الى الاصل - وهو الاباحة (١) .

ان الاستيلاء سبب صحيح يتملك به المسلم على الكافر فوجب أن يكون سببا يتملك به الكافر على المسلم قياسا له على البيع والهبة فانها أسباب صحيحة فى حق كل منهما .

المناقشة

أولا نوقش المعقول الذى أورده أصحاب المذهب الاول - وهو قياس الاموال على الرقاب - والقول بأن ماجاز على أحدهما يجوز على الاخر هذا قياس مع الفارق اذ الرقاب غير متمولة - فأما الاموال فانها خلقت للتداول (٢) .

وترد هذه المناقشة بأننا نسلم أن الرقاب غير متمولة حقيقة فى حق المسلم والكافر الحر - ولكن الحرب حين وقعت غيرت الحكم - وكان الواجب أن يتغير الحكم بالنسبة لنا وله - اذ السبب واحد وهو الحرب . ولكن حين ننظر للأثر عند التطبيق نجد أن التغيير حدث بالنسبة له وحده . فدل ذلك . على الحاق رقابهم بأموالهم - والحاق أموالنا برقابنا .

....

(١) فتح القدير جـ٤ ص٣٣٨ - ٣٣٩ (٢) فتح القدير جـ٤ ص٣٣٨

مناقشة أدلة الرأى الثانى

أولا : نوقش استدلالهم بقوله تعالى للفقراء المهاجرين - حيث وصفهم بالفقر الخ . هذا الاستدلال ممنوع - اذ الاتفاق حاصل على أنه لو فرغت يد الحاج لبيت الله - من المال - وله فى بلاده العقارات الكثيرة والاموال الطائلة - ولا يستطيع أن يتصرف فى شئ من أمواله بالبيع أو غيره أنه يسمى فقيرا ويحل له الاخذ من الزكاة - وهؤلاء أخرجوا من ديارهم - وأموالهم فهم لا يستطيعون التصرف فيها لطارئ الهجرة وهم والحالة هذه يسمون فقراء بلاشك[١] .

ثم ان هذا الدليل عليكم لا لكم حيث اسند الديار والأموال اليهم على نحو يفيد بقاءها على ملكهم فلا تدل لكم .

ثانيا : ورد استدلالهم بالسنة : وهى قوله عليه السلام - وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ بأن الرسول لم يقل انه لا دار لى - بل أقرهم على الاضافة غير أنه لم يشأ أن ينتزعها من عقيل بعد أن أخذها[٢] . فالذى يشغل باله عليه السلام هو تهدئة الموقف واقرار الطمأنينة فى النفوس واشعار السكان بالامن فمن ثم ابتعد عن أى اجراء من شأنه زعزعة الأمن والطمأنينة ولذا قال لهم اذهبوا فأنتم الطلقاء .

على أنه يحتمل أن تكون الديار موضع الاستدلال هى ملك لعمه أبى طالب ولما توفى أبو طالب ورثه عقيل لاتحادهما فى الدين ولم يرث على شيئا لانه كان مسلما - أى أن اختلاف الدين منع عليا من الميراث وجعل الدار فى حيازة عقيل وحده . فلا يكون الكلام فيما نحن فيه[٣] .

ثالثا : رد المعقول وهو قولهم ان العصمة تبقى ببقاء القدرة الخ . فهو مردود بالغصب فان يد المغصوب منه ترتفع عن المال - ويفقد القدرة على التصرف فيه - والانتفاع به ومع ذلك يبقى المال له ملكا ومطالبة .

وقياس . الاستيلاء على الصيد أو الاحتطاب - أو البيع فى مقابلة التصرف لا يقبل أ . .

المختار : ومما سبق يتضح لنا : رجحان القول الاول لان الاسباب تكون مؤثرة بجعل الشارع واستيلاء الكافر محظور بقوله عليه السلام وليس لعرق ظالم حق ولا يمكن أن يقول أحد ان عمل الحربى ليس ظلما أو أنه موافق لامر الله[٤] .

. . . .

(١) المحلى لابن حزم جـ٧ ص٣٠٤ - ٣٠٥ (٢) زاد المعاد لابن القيم جـ٢ ص١٧٥
(٣) المرجع السابق (٤) انظر الام جـ٤ ص١٩٦ ط دار الشعب

المبحث الثالث

فى

الغنيمة – والفيء

وفيه مطلبان :

الأول : فى الغنيمة   الثانى : فى الفيء

المطلب الأول

الغنيمة

تمهيد :

تعريف الغنيمة – والفيء

التعريف فى اللغة :

(أ) الغنيمة فى اللغة : جاء فى المصباح المنير غنمت الشيء أغنمه أصبته غنيمة – ومغنما – والجمع الغنائم (1) . فى القاموس – الغنيمة والغنم بالضم الفيء (2) .

(ب) والفيء فى اللغة كما جاء فى المصباح فاء الرجل يفيء فيأ من باب باع – رجع – وفى التنزيل حتى تفيء الى أمر الله – أى حتى ترجع الى الحق – وفاء المولى فيئة رجع – والفيء الخراج – والغنيمة وفى مختار الصحاح – الفيء – الخراج – والغنيمة – وقال فى القاموس – انه ما كان شمسا فينسخه الظل – جمع أفياء وفيوء – الغنيمة والخراج – والرجوع . فأنت ترى أن علماء اللغة – يستعملون كلا من الكلمتين فى معنى الاخرى .

التعريف عند الفقهاء

(أ) فأما الغنيمة : فقد قال جمهور العلماء هى ما ظفر بـه المسلمون من الكفار عنوة بطريق القهر .

وأما الفيء : فهو ما حصل للمسلمين من الكفار من غير ايجاف خيل ولا ركاب .

....

(1) المصباح المنير – باب الغين والنون ما يثلثهما – والقاموس المحيط – باب الميم فصل الغين . (2) المصباح والقاموس مادة فاء

المناسبه بين المعنى اللغوى ـ والشرعى :

هى أن كلا منهما فيه رجوع المال الى المؤمنين لان الله خلق المال ليستعين به الناس على عبادته حيث خلق الخلق لعبادته ـ ومصدر الخير ينبغى أن يكون فى أيدى عباده الصالحين ليستعينوا به على عبادته كما قال تعالى (ولقد كتبنا فى الزبور من بعد الذكر أن الارض يرثها عبادى الصالحون وحين كفر به الكافرون واستخدموا هذا المال فى معاصيه وجب رده الى المؤمنين كما يعاد على الرجل ما غصب من ميراثه وان لم يكن قد قبضه قبل ذلك[1])

(ب) وذهب بعض العلماء الى انهما بمعنى واحد .

(جـ) وقال بعض آخر انهما كالفقير والمسكين اذا اجتمعا افترقا واذا افترقا اجتمعا[2] .

(د) وقال البعض الآخر ـ ان الغنيمة ما أخذ من الكفار المحاربين من الأموال المنقولة عنوة .

والفيء الأرضون :

يقول ابن العربى ـ الغنيمة ـ الأموال المنقولة ـ والفيء الأرضون . قاله مجاهد ـ وأما قول مجاهد . فصار اليه لان الله ذكر الفيء فى القرى ـ وذكر الغنيمة مطلقا ـ فحصل الفرق هكذا ـ وأما قول الشافعى ـ ان الفيء ما أخذ على صلح ـ والغنيمة ما أخذ عنوة ـ بناء على الاطلاق العرفى وليس الأمر كذلك[3] .

ويقول يحيى بن آدم ـ قال بعض الفقهاء ـ الارض لاتخمس لانها فيء وليست بغنيمة لان الغنيمة لاتوقف ـ والارض ان شاء الامام وقفها[4] .

ـ وانني أرجح التعريف الاخير . الذى يقول الغنيمة ـ المنقول ـ والفيء الارض وأضيف لما سبق الامور الاتيه :

(أ) ان العلماء الذين ذهبوا الى القول بأن الغنيمة ما أخذ عنوة سواء أكان منقولا أم عقارا ـ وأن الفيء ما أخذ بغير قتال ـ ولاحرب . حين نظروا الى الواقع وجدوا أن الرسول قد أخذ أراض عنوة ـ ولم يطبق عليها آية الغنيمة ـ

....

(١) انظر السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٤ (٢) روح المعانى للألوسى جـ٣ ص٣٣٦
(٣) أحكام القرآن لابن العربى جـ٢ ص٨٤٣ ط أولى .
(٤) الخراج ليحى بن آدم القرشى ص٢٠ بند ١٢

ولم تقسم على وفقها كما حصل فى مكة على أصح الرأيين فيها من أنها فتحت عنوة كما سيأتى . وكما حصل من عمر رضى الله عنه من ترك كل ما فتح عنوة على عهده من غير قسم . من هنا اختلفوا فى أى الآيتين يكون ناسخا للأخرى - أو مخصصا لها حتى يستقيم ما ذهبوا اليه من القسمة أو الوقف أو التخيير فأما اذا قلنا ان الغنيمة - هى المنقول - والفيء هو الارض - فانه لا يترتب عليه ما يرتب على غيره .

(ب) ومما يؤيد ذلك أيضا - أن الله أباح الغنيمة لهذه الأمة - وكانت محرمة على من سواها من الامم اذ كانت تجمع فى مكان واحد ثم تنزل نار من السماء فتحرقها - فى الوقت الذى كانت فيه الارض مباحة لهذه الامم . اما بشأن اباحة الغنيمة لهذه الامة - وتحريمها على من عداها من الامم فيقول الرسول الكريم . أعطيت أمتى خمسا لم يعطهن أحد قبلى - الى أن قال - وأحلت لى الغنائم ولم تحل لاحد قبلى(١) . وأما بشأن اباحة الارض لمن حرمت عليهم الغنيمة . فيقول القرآن الكريم (وأورثنا القوم الذين كانوا يستضعفون مشارق الارض ومغاربها التى باركنا فيها وتمت كلمة ربك الحسنى على بنى اسرائيل بما صبروا(٢) . وقال - ونريد أن نمن على الذين استضعفوا فى الارض . ونجعلهم أئمة ونجعلهم الوارثين - ونمكن لهم فى الارض ونرى فرعون وهامان وجنودها منهم ما كانوا يحذرون . وقال كم تركوا من جنات وعيون وزروع ومقام كريم ونعمة كانوا فيها فاكهين كذلك وأورثناها قوما آخرين يقول المفسرون المراد(٣) . بهؤلاء بنو اسرائيل فاذا حرمت عليهم الغنائم - وأحلت لهم الارض علمنا - أن الارض ليست داخلة فى مضمون الغنيمة .

(جـ) وأيضا - فان الله تعالى جعل الغنيمة للغانمين . فقال - واعلموا أنما غنمتم من شيء فأما الارض فأضافها الى الرسول بقوله ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - اشارة الى أن كل قرية يفيئها الله على أمته الى يوم القيامة فهى مضافة الى الرسول غير مختصة بالغانمين(٤) .

....

(١) انظر ابن كثير جـ ٢ ص ٢٨٤ (٢) الآية ١٣٧ من سورة الأعراف
(٣) ابن كثير جـ ٢ ص ٢٤٢
(٤) الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلى ص ٢٠ ط أولى .

(د) ورد عن بعض العلماء من السلف والخلف تخصيص الفيء بالارض — والغنيمة بالمنقول . فعن عطاء بن السائب — والحسن البصرى أنهما قالا الارض فيء — وان أخذت بقتال وقال قدامة بن جعفر — ان الفيء ما غلب عليه المسلون من بلاد العدو قهرا بالقتال وجعل موقوفا عليهم وفى الباب الثانى — قال الفيء هو أرض العنوة .(١)

تملك الدولة للغنيمة — قبل القسمة

ليس المقصود من الجهاد تحصيل الاموال — ولا طلب الثراء — وانما المراد به رد العدوان ورفع كلمة الله عالية وقطع للفتنة — كما سبق بيانه — والمقابل الحقيقى الذى يسعى المؤمن الحق لتحصيله هو رضاء الله والجنة يقول تعالى (ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون — وعدا عليه حقا فى التوراه والانجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم .(٢)

فاذا حصل المال بعد ذلك باعادة الله له فانه يأتى بالتبع وفى المرتبة الاخيرة .

ولذا حين ارتفع اهتمام المسلمين بالمال ووصل بهم الامر الى حد التنافس عليه ومحاولة البعض الاستئثار به . عنفهم القرآن الكريم ولفت نظرهم الى أنها من اختصاص الرسول وتصرفه أن يتصرف فيها قبل القسمة كما يشاء — ولا يشاء الا خيرا . قال تعالى (يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين .)(٣)

معنى النفل فى اللغة :

والأنفال جمع نفل بالفتح — وهو الزيادة — ولذا قيل للتطوع نافله — وقيل لولد الولد نافله — ثم صار حقيقة فى العطية — ومنه قول لبيد .

.... إن تقوى ربنا خير نفل ∴ وباذن الله ريثى والعجل

....

(١) الخراج وصفة الكتابة لقدامة بن جعفر النسخة المأخوذة بالتصوير الشمسى بدار الكتب المنزلة السابعه ورقه ٩٠، ٩١ — وانظر الخراج والدوله الاسلامية للدكتور ضياء الدين الريس ص ١٠٩ — وانظر زاد المعاد لابن القيم جـ٢ ص ١٧٤

(٢) الآيــة ١١١ من سورة التوبــة (٣) الآيه ١ من سورة الانفال

أما فى الاصطلاح فاختلف فيه الفقهاء على أقوال -

أحدها : أنه سلب القتيل .

ثانيها : أنه ما يكون من الغنيمة بعد اخراج الخمس .

ثالثها : الخمس نفسه .

رابعها : أنه العطاء من الغنيمة قبل التخميس .

هذه أقوال الفقهاء فى النفل - وأنت ترى أنهم غير متفقين على تحديد معناه الاصطلاحى .

وانني أرى أنه يطلق على مجموع هذه الأمور كلها - اذ معنى النفل - الزيادة - وما حصل من الكفار هو زيادة على ماخرج المسلمون من أجله . فهو يطلق على الغنيمة - والفيء .

ولقد أبقاه الله على ملك الدولة الممثلة فى شخص الرسول - ريثما يتم جمعه - وتنتهى العمليات الحربيه - ثم يعطى منه الرسول مايرى مافيه مصلحة - ويصطفى منه مايرى اصطفائه للدولة ليكون الامام حر التصرف فى بناء العدالة واقرار المساوه .

يؤيد ذلك ما جاء عن سعد بن مالك قال قلت - يارسول الله قد شفانى الله اليوم من المشركين فهب لى هذا السيف فقال ان هذا السيف لا لك - ولا لى ضعه . قال فوضعته ثم رجعت فقلت عسى أن يعطى هذا السيف من لا يبلى بلائى . قال - فاذا - رجل يدعونى من ورائى قال قلت قد أنزل الله فى شيئا قال كنت سألتنى السيف - وليس هو لى - وأنه قد وهب لى - فهو لك - وأنزل الله هذه الايه (يسألونك عن الانفال)(1).

كما يؤيده أيضا ماروى عن بديل بن ورقاء - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يحبس السبايا والاموال بالجعرانه حتى يقدم فحبست . فهذا دليل على أن الأموال باقية على ملك الدولة حتى تفرغ من العمليات العسكرية .

جاء فى فتح البارى - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال فى أسارى بدر - لوكان المطعم بن عدى حيا ثم كلمنى فى هؤلاء النتنى لتركتهم له -

....

(1) راجع انظر القرطبى جـ ٧ ص٢ ، ٣ ط دار الكتب ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ٢ ص٢٨٣ ، روح المعانى جـ٣ ص٢٠٠

وقد ترجم البخارى لهذا الحديث بقوله (باب مايؤيد أن للرسول عليه السلام التصرف الكامل فى الغنيمة – وكان له أن ينفل من الغنيمة قبل القسمه – ويقول ابن حجر – شارح صحيح البخارى – أراد بهذه الترجمة أنه كان للنبى صلى الله عليه وسلم – أن يتصرف فى الغنيمة بما يراه مصلحة فانه كان يمن على الأسارى من رأس الغنيمة تارة – وتارة من الخمس فدل ذلك على أنه كان له أن يفصل ذلك من رأس الغنيمة (١) .

ويقول ابن المنذر (أجمعوا على أنه على الغال أن يعيد ما غل قبل القسمة) (٢) .

– وروى أيضا – عن رويفع بن ثابت – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال – يوم حنين لايحل لامرئ يومن بالله واليوم الآخر أن يبتاع شيئا من المغنم حتى يقسم – ولايلبس ثوبا من فئ المسلمين حتى اذا خلقه رده فيه – ولاأن يركب دابة من فئ المسلمين حتى اذا عجفها ردها فيه (٣) .

يتضح مما ذكرنا – أن الغنيمة – تكون على ملك الرسول عليه السلام يتصرف فيها قبل القسمة على حسب المصلحة .

وكما يكون هذا الحق للرسول يكون للقائم على أمر المسلمين من بعده – ليتمكن من اقامة العدل وارساء قواعد المساواة لقوله عليه الصلاة والسلام ما أطعم الله نبيا طعمة الا جعلها للأمام بعده . فاذا انتهت المعارك وتم جمع هذه الاموال وقام الامام بقسمة الغنيمة على ما سنبين بعد – لم يكن للدوله الا الخمس – والصفى والفيئ – على ماسيأتى بيانه فى مواضعه ان شاء الله .

المستحقون للغنيمة

قال تعالى – واعلموا أنما غنمتم من شئ – فأن لله خمسه وللرسول والذى القربى – واليتامى والمساكين وابن السبيل .

تبين لنا مما سبق – أن الغنيمة تبقى على ملك الدولة حتى تفرغ من العمليات الحربية . فاذا انتهت العمليات فقال الشافعية للأمام أن يقسمها بدار الحرب

....

(١) انظر فتح البارى جـ ٦ ص ١٧٢ – ١٧٣

(٢) انظر زاد المعاد لابن القيم جـ ٣ ص ٢٩٨ – نيل الاوطار جـ ٧ ص ٢٦٠

(٣) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٢٩٥ – ٢٩٦

(٤) انظر القرطبى جـ ٧ ص ٣ ط دار الكتب سنة ١٩٣٩

وله أن يؤخر القسمة حتى يتحول الى دار الاسلام[١] .

والرأى الاخر لاتجوز قسمتها فى دار الحرب واليه ذهب الحنفيه[٢] .

ثم تقسم على خمسة أخماس ـ أربعة أخماسها للقائمين حيث بين الله مصرف الخمس وسكت عن الاربعة الاخماس الباقية فدل ذلك على أنها للمخاطبين ـ كما فى قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث[٣] فلما بين الثلث ـ وسكت عن الثلثين ـ علم أنهما للأب اتفاقا .

آراء العلماء فى تقسيم الخمس

ولقد اختلف الفقهاء فى عدد الأقسام التى ينقسم اليها خمس الغنيمة ـ على أربعة أقوال :

(١) القول الاول : أنه يقسم الى خمسة أخماس ـ على اعتبار ان لفظ الجلاله للاستفتاح والتبرك لله مافى السموات والارض وما بينهما ـ فيكون خمس للرسول ـ وخمس لذوى القربى وخمس لليتامى وخمس للمساكين وخمس لابناء السبيل .

والى هذا القول ذهب الشافعيه والحنابلة[٤] .

(٢) القول الثانى : يرى أنه ينقسم الى خمس أقسام فى حياة الرسول صلى الله عليه وسلم فأما بعد وفاته فانهم يقولون ان سهم الرسول وسهم ذوى القربى قد سقطا بموته عليه السلام أما بالنسبه لسهم الرسول فانه كان يأخذه بوصف الرساله ولارسول بعده وأما سهم ذوى القربى فقد كانوا يعطونه بالنصرة للرسول وحيث انتهت النصرة فقد انتهى الاعطاء[٥] . لان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما[٦] . وبعد الرسول عليه السلام يقسم الى ثلاثة أقسام واليه ذهب الحنفية .

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٩

(٢) الهداية شرح البداية جـ٢ ص١٠٦ (٣) القرطبى جـ٨ ص٣

(٤) حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ٢ ص٣٣ ـ الاحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى . (٥) الهداية جـ٢ ص١١٠

(٦) روح المعانى للألوسى جـ٣ ص٣٧٧

(٣) القول الثالث: أن الخمس - يوضع فى بيت المال - كما يوضع الفيء - واليه ذهب المالكية. ووجهتهم فى ذلك - أن ذكر الأصناف للتنبيه على أن المستحقين هم هؤلاء وأمثالهم فهو من باب الخاص الذى أريد به العام (١).

(٤) القول الرابع: أن الخمس مقسوم الى ستة أقسام - ويرون - أن ذكر الله تعالى علاوة على أنه للاستفتاح والتبرك فقد قصد به اخراج سهم للكعبة والمساجد أخذا بظاهر الآية - فيصرف للكعبة ان كان قريبا منها أو الى أقرب مسجد منه.

واليه ذهب ابن عباس وأبو العاليه - أخذا بظاهر الآيه - ولما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - كان - يأخذ منه بقبضة فيجعلها فى مصالح الكعبة (٢).

الراجح

وأرجح الاقوال فى نظرى - هو قول ابن عباس وقول أبى العاليه - وهو وان لم يكن رأيا للجمهور الا أنه راجح للأمور الاتيه:

(١) أنه لامانع من (أن يقصد الى جانب التبرك أمر آخر وهو أن يكون جزء من الغنيمة من حق دور العبادة حتى يستحضر المنتصرون دائما الرباط الوثيق بين الأيمان والنصر فكان هذا بمثابة التنبيه الى بقاء هذه الدور عامرة مشهدة. لها رصيدها المستمر والخاص.

(٢) أن قصر لفظ الجلالة على التبرك وحده لا يتمشى مع نظم الآية اذ لو أراد ذلك فقط لقال لله للرسول بدون ذكر واو العطف - ومن المعلوم - أن العطف يقتضى المغايرة فلا وجه اذن لمن يقول ان سهم الله وسهم الرسول واحد.

(٣) ان لفظ الجلالة قد ذكر بصدد قسمة خمس الغنيمة وبصدد تقسيم الفيء.

ولم يذكر فى جانب توزيع الصدقه مع أن القرآن قد قال فى بعض المواطن عنها ان الله هو الذى يأخذها فقال تعالى - الم يعلموا الله هو يقبل التوبه

....

(١) بداية المجتهد جـ ١ ص ٣٨٩ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ص ٢٨٥٧ ط دار الشعب.

(٢) انظر حاشيه الصاوى على الجلالين جـ٢ ص ١٠١ والاموال لابى عبيد ص ٢٢

عن عبادة ويأخذ الصدقات فلو كان المراد التبرك وحده في جانب الخمس والفيء فما المانع من ذكره هنا ؟ فيقال مثلا • انما الصدقات لله للفقراء الخ • اما وقد ذكر هناك ولم يذكر هنا فقد دل ذلك على أن المراد أمر آخر الى جانب التبرك •

ثم يرد على الحنفية • بأن الرسول عليه السلام قد بين مصرف الخمس فقال (أيها الناس ليس لي فيها الا نصيبي منكم الا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيط وأكبر من ذلك وأصغر (١)) وما قالوه من أن وصف الرسالة قد سقط بموته قول لا يليق بشخص الرسول عليه السلام فوصف الرسالة قائم به الى يوم القيامة

وكذلك القول بانتهاء سهم ذوى القربى بموته لانهم كانوا يأخذون بالنصرة ولا نصره بعد موته قول مردود — فان النصرة المقبولة هي النصرة للمبادئ لا للأشخاص ولا شك أنها كانت موجودة منهم بعد وفاته عليه السلام — فسهمهم يبقى ببقاء الوصف الذى استحقوا به وهو القرابه المناصره) فاذا لم يوجد منهم أحد فلا يقال أن سهمهم قد سقط ولكنه موقوف لعدم وجود المستحق كما ذهب عمر في سهم المؤلفة قلوبهم بحيث اذا وجد الوصف وجب الاستحقاق ولا يتأتى هذا — على القول بسقوطه • وماهى الفائدة العملية التى تترتب على القول بأنهم يعطون بالنصرة في حياة الرسول وبعده يعطون بالفقر أو اليتم ؟ مع نص القرآن الكريم على اعطائهم بوصف القرابة كما قال عليه السلام لعثمان بن عفان — وجبير بن مطعم حين قالا له يارسول الله قسمت لاخواننا بنى المطلب — ولم تعطنا شيئا — وقرابتنا وقرابتهم واحده (فقال عليه السلام — اننا وبنو المطلب لانفترق في جاهليه — ولا اسلام — وانما نحن وهم شيء واحد — وشبك بين أصابعه • (٢) فهذا يبين أن سبب الاعطاء هو القرابة مع النصرة وليس هو حياة الرسول أو موته لان القرابة موجودة والنصرة للمبادئ لا للأشخاص ولا داعى لتعطيل النص الخاص بهم ثم جعلهم عالة على مصارف أخرى • فان في هذا حطا من شأنهم ونزولا بكرامتهم •

ويقال — للمالكية — ان قولكم ان ذكر الأصناف للتنبيه لا للحصر وانه من باب الخاص الذى أريد به العام — عدول عن الحقيقة الى المجاز بدون قرينة والاصل عدم الصارف •

....

(١) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٢٦ (٢) انظر المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٣٢٧

على أن ذكر هذه الاصناف ورد فى مقام البيان مقتصرا عليها والاقتصار فى مقام البيان يفيد الحصر .

المـراد بالقـربى

والمراد بالقربى ـ المستحقين للسهم أقيل هم بنو هاشم وبنو المطلب وقيل قريش كلها وقيل المراد بنو هاشم فقط. والراجح الاول . لان العلة المقتضيه للأعطاء متوفرة فيهما معا . وجمهور العلماء على أن الذكر والانثى سواء فى الأعطاء . فلا فرق بين الذكر والأنثى وقال الشافعية . ان نصيب الذكر يكون ضعف نصيب الانثى قياسا على الميراث(١).

والعبرة فى النسب . النسب للاباء . فلا يعطى أبناء البنات شيئا لانهم ليسوا من الآل . ولذا قيل :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ∴ بنوهن أبناء الرجال الأجانب

ولذلك لم يعط الرسول عليه السلام الزبير وعثمان رضى الله عنهما مع أن أمهما هاشميه(٢) .

المراد باليتيم : اليتيم ـ هو الصغير الذى لا أب لـه ـ لا فرق بين الذكر والأنثى وأما الفاقد لأمه . فيسمى منقطفا ـ ومن فقدهما معا يسمى لطيما ـ وأما اليتيم فى البهائم فهو مالا أم له ـ وفى الطيور مالا أب لـه ـ ولا أم ـ واشترط الصغر لحديث لا يتم بعد احتلام . ويشترط فيه وفيمن بعده الفقر بخلاف ذوى القربى فان غنيهم وفقيرهم سـواء .

المراد بالمسكين : والمسكين ـ هو الذى يجد ما لا أو كسبا يقع كل منهما موقعا من كفايته والمراد بـه هنا ما يشمل الفقير لانهما اذا افترقا اجتمعا واذا اجتمعا افترقـا(٣) .

المراد بابن السبيل : وابن السبيل هو الذى ينشئ سفرا من بلد الغنيمة أو يمر بها ويكون محتاجا للمال .

....

(١) حاشية الباجورى جـ٢ ص٣٣٢ ـ وانظر الشرح الكبير لابن قدامه المقدس جـ١٠ ص٤٩٩ ـ ٥٠٠ ٢
(٢) المرجع السابق جـ٢ ص٣٣١

(٣) انظر حاشية الصاوى جـ١ ص١٠١ ، حاشية الباجورى جـ٢ ص٣٣٢

المستحقون للأربعة أخماس الغنيمة

لقد بين الله كيفية تقسيم الخمس وسكت عن الأربعة أخماس بعد أن أضاف الغنيمة الى القائمين فدل ذلك على أنها تكون لهم بتمليك الرسول لهم — أما قبل ذلك فلا يحل لأحد أن يأخذ من المغنم شيئا — ولذا يرى الحنفية أنه لايجوز بيع المغانم قبل القسمة فى دار الحرب لانه لاملك لهم قبلها — ويبنون على ذلك — أن من مات من المقاتلين فى دار الحرب من غير أن يشترك فى الحرب فلا حق له فى الغنيمة (١) .

ولكن الشافعيه يرون أن لمن مات بعد استقرار الهزيمة وشهود الوقعة فانه يستقر له حق فى الغنيمة يورث عنه — وقول الشافعيه هنا أولى — لقوله صلى الله عليه وسلم . الغنيمه لمن شهد الوقعة (٢) .

وقد اتفق الفقهاء على أن نصيب الراجل سهم واختلفوا فى نصيب الفارس .

(أ) فذهب الجمهور أن للفارس ثلاثة أسهم .

(ب) وذهب أبو حنيفة أن للفارس سهمين .

وانتى أرى أن فى كلا القولين متبع لأنه قد ثبت أن الرسول عليه السلام قد عمل بالقولين معا وربما كان مرجع ذلك الى كثرة الغنائم حينا — وقلتها حينا آخر فاذا كانت كثيره أعطى ثلاثه واذا كانت قليله أعطى اثنين . ولا منافاة بين القولين .

يقول الألوسى : ولامنافاة بين هذا وذاك ولا داعى للبحث — أى الفعلين ثبت بقوله وأيهما ثبت بفعله لانه لاتعارض حتى نبحث عن أى الدليلين أقوى على نسخ الآخر (٣) .

وهناك عطاء يسمى الرضخ — ومعناه العطاء غير المقدر — وعلى الأمام — أن يرضخ لكل من لاسهم له من النساء والصبيان عطاء يتناسب مع ما أسهموا به من عمل .

....

(١) الهداية جـ٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧

(٢) انظر الاحكام السلطانيه للماوردى ص ١٤٠

(٣) روح المعانى جـ٣ ص ٢٣٩

المطلب الثاني

الفيء - وهو الأرض

سبق أن رجحنا القول القائل - أن الفيء هو الأرض .

ونبين فى هذا المطلب - اقسام الأرض التى تأثرت بالأعمال العسكريه ونوع الملكية التى طبقت على كل قسم .

وهذه الأرض تنقسم الى أربعة أقسام :

(١) الأرض التى أسلم عليها أهلها (٢) أرض الصلح
(٣) أرض مملوكة للدولة (٤) أرض مملوكة للجماعة الاسلامية

وانني أسارع الى ازالة الغموض أو اللبس بين القسم الثالث والرابع . فأقول :

ان كلا من القسمين مملوك ، ملكية عامة غاية الأمر أنه أثناء البحث وجدت قسما للامام عليه كافة التصرفات التى تكون للمالك على ملكيه . بوصفه اماما - وقسما : تصرف الامام فيه محدود ومقيد بقيود فأثرت التفرقة بينهما فى التسمية وجعلت كلا منهما قسما قائما بنفسه للتنسيق والايضاح فما كان تصرف الامام فيه كاملا سميته مملوكا للدوله وما كان تصرف الامام فيه مقيدا سميته مملوكا للجماعة أو مملوكا ملكيه عامة .

القسم الأول : الأرض التى أسلم عليها أهلها

وحكم هذه الارض التى أسلم عليها أهلها - أنها تبقى فى يد أصحابها ملكا لهم كما حصل ذلك فى المدينة والطائف واليمن والبحرين وعلى أصحاب هذه الارض العشر .

ولقد خالف أبو حنيفة فى ذلك حيث قال من أسلم فى دار الحرب فله ما أسلم عليه من المنقولات . فأما الارض فانها تصير فيئا اذا افتتح المسلمون البلد الذى يقطن فيه - وادعوا الفرق بين العقار والمنقول فقالوا - ان المنقول فى يده [illegible] حقيقة .

وأما العقار - فهو فى يد أهل الدار وسلطانهم - اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده حقيقة .

ولقد نقل صاحب الهداية - أن محمدا يرى عدم الفرق بين المنقول والعقار في هذا - وأن أبا يوسف قد رجع عن القول الأول فقال بقول محمد (١) .

يقول أبو يوسف - وسألت يا أمير المؤمنين عن قوم من أهل الحرب أسلموا على أنفسهم وأراضيهم ما الحكم في ذلك ؟ فان دماءهم حرام وما أسلموا عليه من أموالهم فلهم أموالهم وكذا أرضوهم لهم . وهي أرض عشر بمنزلة المدينة حيث أسلم أهلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت أرضهم أرض عشر - وكذا الطائف والبحران - وكذا أهل البادية اذا أسلموا على مياههم - وابلهم فلهم ما أسلموا عليه (٢) - ويقوى ما قاله الجمهور من عدم استثناء الارض ما جاء عن عمر رضى الله عنه - في معرض حديثه عن الحمى - ما رد به على أصحاب الارض التي حماها - قال - وأيم الله انهم ليرون أنى قد ظلمتهم انها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهليه وأسلموا عليها في الاسلام .

وأصرح من هذا وأوضح دلالة على أن الارض تدخل ضمن مايتملكه باسلامه .

ماروى عن صخر بن عيلة البجلى قال فرقوم من بنى سليم عن أرضهم فأخذتها فأسلموا وخاصموني الى النبي صلى الله عليه وسلم (فردها عليهم وقال اذا أسلم الرجل فهو أحق بأرضه وماله (٣) .

وعلى هذا فان هذه الارض تكون مملوكة ملكا خاصا لاصحابها لهم عليها كل الحقوق المخولة للمالك على ملكه فهي ملكية خاصة .

القسم الثاني : أرض الصلح

وأرض الصلح - نوعان - النوع الاول : أن ينص عقد الصلح على أن الارض تكون ملكا لهم . مقابل خراج يدفعونه . النوع الثاني : أن ينص العقد على أن الارض تكون ملكا للمسلمين .

النوع الأول :

أنه اذا نص عقد الصلح على أن الارض تبقى ملكا لأصحابها على أن يؤدوا عنها الخراج للمسلمين فهنا الخراج في حكم الجزية متى أسلموا سقط عنهم ويؤخذ

....

(١) الهداية جـ٢ ص ١٠٧ (٢) الخراج لابي يوسف ص ٦٢ - ٦٣

(٣) انظر فتح الباري جـ٦ ص ١٢١ - ١٢٢

منهم ما بقوا على كفرهم .

وهذا رأى الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة (١) .

فأما الحنفية فانهم يرون ان الخراج لا يسقط عنهم بالاسلام لان فيه معنى المؤنة - ومعنى العقوبة - ولذا يبقى على المسلم ولا يبتدأ به (٢) .

ونوع الملكية المطبق على هذه الارض هو الملكية الخاصة كما كانت قبل الصلح فلأصحابها مطلق التصرف بكافة أنواع التصرفات التى يكون للمالك على ملكه .

وتصير دار هؤلاء عند جمهور الفقهاء بالصلح دار اسلام ويصير أهلها أهل ذمة تؤخذ منهم جزية رؤوسهم .

وقال الشافعية - ان الدار دار عهد فلا تؤخذ منهم الجزية (٣) .

والمسلمون مطالبون بالوفاء وتنفيذ ماجاء فى بنود وثيقة الصلح - وعلى أن لايكون بالصلح احجاف بهم ومن المفيد فى هذا المقام أن نورد هنا نصا من نصوص المواثيق التى كان يعقدها الرسول عليه السلام حتى نتبين مدى العدل الذى كان يتوخاه الرسول واليك نص كتاب الصلح بين رسول الله وبين نصارى نجران وفيه :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ماكتب محمد النبى صلى الله عليه وسلم لأهل نجران - اذ كان له حكمه عليهم أن فى كل سوداء وبيضاء وحمراء وصفراء وثمرة ورقيق وأفضل عليهم (يعنى تفضل ومن عليهم بترك أموالهم لهم بعد أن كان الحكم له عليهم) وترك ذلك لهم - ألفى حلة فى كل صفير ألف حلة . وفى كل رجب ألف حلة - كل حلة أوقية - مازاد الخراج أو نقص فعلى الأواقى فليحسب وما قضوا من ركاب أو خيل أو درع أخذ منهم بحساب وعلى أهل نجران مقرى رسلى (يعنى ضيافتهم) عشرين ليلة فما دونها وعليهم عارية ثلاثين قرسا - وثلاثين بعيرا - وثلاثين درعا - اذا كان كيد باليمن ذو مقدرة (يعنى اذا حصل غدر باليمن واحتاج المسلمون استعارة هذه الأشياء ثم ترد عليهم فاذا تلف منها شئ فهو ضمان على المسلين وما هلك مما أعاروا رسلى فهو ضمان على رسلى حتى يؤدوه اليهم - ولنجران -

. . . .

(١) انظر الاحكام السلطانية للماوردى ص١٤٧ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص١٦٤ ، وحاشية الدسوقى على الدردير جـ٢ ص١٧٥ (٢) الهداية جـ٢ ص ١١٨

(٣) انظر الاحكام السلطانية للماوردى ص١٣٨ ، ١٤٧ - والهداية جـ٢ ص ١١٨

وحاشيتها ذمة الله – وذمة رسوله على دمائهم وأموالهم وملتهم وبيعهم ورهبانيتهم وأسالقفتهم وعلى أن لا يحشروا ولا يحشوا (يعنى لا يؤخذ منهم العشر ولا يجلو عن أرضهم) ولا يطأ أرضهم جيش ومن سأل منهم حقا فالنصف بينهم بنجوان .. شهد بذلك عثمان بن عفان – ومعيقيب وكتب (١) .

فانظر كيف يفيض هذا الكتاب بالرحمة والعدل والانصاف مع المخالفين للأسلام فهل يعترف المسيحيون بهذا – ويكفوا عن سياسة الابادة التى تتبع ضد المسلمين فى كل مكان ؟ .

النوع الثانى :

وهو الذى ينص فيه عقد الصلح على أن الأرض للمسلمين – على أن تقر فى أيديهم بخراج يؤدونه عنها – وهذا النوع تطبق عليه الملكية العامة التى تكون حقا للمسلمين جميعا .

يقول الماوردى – الثانى – أن يصالحهم الامام على أن ملك الأرض لنا فتصير بهذا الصلح وقفا من دار الاسلام – ولا يجوز بيعها ولا رهنها ويكون الخراج أجرة لها لا يسقط عنهم باسلامهم – فيؤخذ خراجها اذا انتقلت الى غيرهم من المسلمين – وقد صاروا بهذا الصلح أهل عهد – فان بذلوا الجزية عن رقابهم جاز اقرارهم فيها على التأبيد – وان منعوا الجزية لم يجبروا عليها – ولم يقروا فيها الا المدة التى يقر فيها أهل العهد – وذلك أربعة أشهر ولا يجاوزون السنة (٢) .

وقد طبق الرسول عليه السلام ذلك على خيبر فقد صالح أهلها على أن يعمروا الأرض – ولهم نصف ثمرتها – فكانت الأرض للمسلمين – دونهم .

وسيأتى تفصيل ذلك فى حكم فتح خيبر ونوع الملكية التى طبقت عليها .

....

(١) الأموال لأبى عبيد ص ٢٧٢ – ٢٧٣

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٨ ، والأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى

المطلب الثالث

القسم الثالث : الأرض المملوكة للدولة

والأرض المملوكة للدولة - هى أرض مملوكة ملكية عامة - ولكن للدولة الممثلة فى شخص الأمام أن تباشر عليها اختصاص المالك - فله أن يبيعها ويقطعها - ويباشر عليها كافة التصرفات فى اطار المصلحة العامة - وتحت هذا القسم الأنواع الاتيه :

أولا : (٣) ما كان مختصا به رسول الله صلى الله عليه وسلم :

وما كان مختصا به رسول الله صلى الله عليه وسلم - اختلف فيه الفقهاء لمن يكون بعد موته عليه السلام - فقال جماعة انه لورثته عليه السلام من بعده وهذا مردود لقوله عليه السلام - نحن معاشر الأنبياء لانورث ما تركناه صدقة وعن عائشة أن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم حين توفى أردن أن يبعثن عثمان الى أبى بكر يسألنه ميراثهن • فقالت عائشه - أليس قال النبى صلى الله عليه وسلم - ماتركناه صدقة (١) •

وقال قوم آخرون - هو موقوف الاعيان مصروف المنافع فى المصالح العامة مقتض هذا الابيع ولا تصرف فى العين [illegible] -

وقال - رأى ثالث • انه للأمام القائم مقامه عليه السلام (٢) •

لقوله عليه السلام - اذا أطعم الله نبيا طعمة - فهو للخليفة بعده (٣) •

واننى أختار هذا القول الأخير - لأنه يعطى الأمام نوعا من حرية التصرف التى بها يستطيع الموازنه بين أبناء الامة فيقطع منه ويبيع منه ويهب الخ هذه التصرفات التى تكون ممنوعة عليه اذا أخذنا بالقول الثانى - ولأن النبى عليه السلام كان يقطع من أرض خيبر - فعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - أقطع الزبير أرضا بخيبر فيها شجر ونخل (٤) • والارض التى اختص بها الرسول صلى الله عليه وسلم تشمل ما يأتى :

....

(١) نيل الأوطار جـ٦ ص٧٦ (٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص١٦٨

(٣) بدايه المجتهد جـ١ ص ٤٠٧ - ٤٠٨

(٤) الأموال لابى عبيد ص ٣٨٧

(١) ما أوصى بـه مخيريق اليهودى – وقد كان حبرا من علماء اليهود من بنى النضير – آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم – وقاتل معه فى أحد حتى قتل . وكانت لـه حوائط سبعة – أوصى – ان مات أو قتل فأموالـه لرسول الله صلى الله عليـه وسلم يصنع بها ما يشاء . وهذه الحوائط هى المبيت والصافيه والدلال وحسنى – دبرقه والاعراف والمسريـه .(١)

(٢) أرضى بنى النضير – وهى أول أرض أفاءها الله على رسوله صلى الله عليـه وسلم – فأجلاهم عنها وكف عن دمائهم – وجعل لهم من الأموال ما حملت الابل وخلصت الارض كلها لرسول الله صلى الله عليه وسلم – الا ماكان منها (ليامين بن عمير وأبى سعيد بن وهب – فانهما أسلما قبل الظفر فأحرز لهما اسلامهما جميع أموالهما .

ثم قسم رسول الله الأموال المنقوله على المهاجرين الأولين دون الأنصار الا سهل ابن حنيف وأبا دجانه سماك بن خرشه – فانهما ذكرا فقرا فأعطاهما – وحبس الارضين على نفسه فكانت من صدقاته يضعها حيث يشاء وينفق منها على أزواجـه .

ثم سلمها عمر الى العباس – وعلى رضى الله عنهما ليتوليا تصريف شأنهـا .(٢)

ويروى لنا عمر رضى اللـه عنـه مايؤكد أن ما كان للرسول عليه السلام خالصا – انما كان يحتفظ بـه لكى يجعل دائما وسيلة لأقامة العدل – وارساء قواعد الحق . يقول عمر – ان اللـه خص رسوله صلى الله عليه وسلم . من هذا الفيئ بشئ لم يعطه أحدا غيره – ثم قرأ – ما أفاء اللـه على رسوله منهم فما أوجفتم عليـه من خيـل ولا ركاب – ثم قال فكانت هذه خالصة لرسول اللـه صلى الله عليه وسلم . فوالله مـا استأثر بها عليكم – ولقد بثها فيكم حتى بقى عنها هذا المال – فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفق منها على أهله نفقة سنتهم ثم يأخذ ما بقى بعد ذلك – عمل بذلك رسول الله صلى الله عليـه وسلم حتى توفاه الله عز وجل – ثم قبضها أبو بكر فعمـل فيها بمثل عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم توفى أبو بكر فقبضتها فعملت فيهـا بما عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم وبما عمل به أبو بكر رضى الله عنه بعـده .(٣)

....

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٦٨ – والأحكام السلطانية لابى يعلى ص ١٩٩
(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٦٩
(٣) الخراج – ليحى بن آدم القرشى ص ٣٤ – ٣٥ بند ١٨٧

ويقول أبو زهرة – وقسم النبي صلى الله عليه وسلم أموال بني النضير المنقولة بين فقراء المهاجرين وبعض الأنصار • ومانال فقراء المهاجرين أكثر مما ناله فقراء الانصار لكثرة حاجة المهاجرين اذ خرجوا من ديارهم وأموالهم وقد كانت الحاجة في الانصار دون ذلك •

أما الارض فلم يوزعها النبي صلى الله عليه وسلم بل أبقى الارض والفراس تحت سلطانه لتكون غلاتها للفقراء والمساكين واليتامى فالنبي أبقى أول أرض استولى عليها تحت سلطانه ولم يقسمها بين آحاد الناس قسمة ملك بل جعل قسمتها قسمة اختصاص وذلك لكيلا يكون ينبوع الثروة التي تدر الدر الوفير في أيد محدودة تدار بينهم ولاتنتقل الى غيرهم (1) •

(٣) نصف خيبر : وكانت خيبر ثمانية حصون هي ناعم والقموص والشق والنطاة والكتيبة والوطيح والسلالم وحصن الصعب بن معاذ •

وقد فتحت ستة حصون منها عنوة هي ناعم والقموص ثم حصن الصعب بن معاذ وكان أعظم حصون خيبر وأكثرها مالا وطعاما وحيوانا ثم الشق والنطاة والكتيبة ثم فتح بعد ذلك الوطيح والسلالم صلحا على رأى بعض العلماء وسيأتي تحقيق ذلك عند الكلام على حكم فتحها ونوع الملكية التي طبقت عليها •

وذلك حين اشتد الحصار عليهم واستمر بضع عشرة ليلة حتى سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحقن دماءهم فأعطاهم ذلك ثم أبقاها في أيديهم يعملون أرضها على نصف مايخرجونها – وكان مايخرج منها يقسمه الرسول بعد اعطاء اليهود حقهم • نصفين نصف الى المصالح العامة وما ينزل به النوائب والأمور – ونصف لجميع المسلمين تقسم عليهم سهمانا وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم سهم فيها كأحدهم •

روى أبو عبيد – عن يحى بن سعيد أن بشير بن يسار أخبره – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أفاء الله عليه خيبر قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم منها مائة سهم وعزل نصفها لنوائبه وما ينزل به وقسم النصف الباقي بين

....

(1) في المجتمع الاسلامي للاستاذ الشيخ محمد أبو زهره ص ٣٣

المسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قسم الشق والنطاة وما حيز معهما وكان فيما وقف الكتيبة والوطيحة وسلالم - فلما صارت الأموال فى يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن له من العمال ما يكفون عمل الارض فدفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليهود يعملونها على نصف ما خرج منها فلم تزل على ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحياة أبى بكر حتى كان عمر - فكثر العمال فى أيدى المسلمين - وقووا على عمل الارض فأجلى عمر - اليهود الى الشام. تنفيذا لما أمر به الرسول عليه السلام فى قوله (لا يبقين فى جزيرة العرب دينان)[1]،

ولانهم قاموا بايذاء بعض المسلمين وعلى رأسهم ابن عمر.

(٤) نصف أرض فدك. فان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر جاء أهلها فعقدوا معه صلحا بسفارة محيصة بن مسعود على أن له نصف أرضهم ونخلهم يعاملهم عليه ولهم النصف الآخر فصار النصف منها من صدقاته معاملة مع أهلها بالنصف من ثمرها والنصف الآخر خالصا لهم. وظل الامر كذلك. الى أن أجلاهم عمر رضى الله عنه فى خلافته حين أجلا أهل الذمة عموما - عن قاعدة الدعوة ومنطلق الهداية.

وحين أجلاهم عمر لم يبخسهم حقهم - بل قوم نصيبهم ودفعه اليهم على سبيل التعويض. يقول - الماوردى مبينا التكييف الفقهى لهذه الملكية (فارقا بين ما كان للرسول عليه السلام - وبين ما دفع عنه التعويض من مال الجماعة حيث كان الأول مملوكا للدولة ممثلة فى شخص الامام وبالتعبير الحديث مملوكا للدولة له عليه مطلق التصرف[2]

وأما الثانى - فهو مملوك للجماعة الاسلامية لا تستطيع الدولة أن تتصرف فيه مثل تصرفها فى النوع الاول - لانه موقوف لا يباع ولا يوهب. ولا يورث. يقول (فصار نصفها من صدقات رسول الله صلى الله عليه وسلم - والنصف الثانى لكافة المسلمين - ومصرف النصفين الآن سواء[3].

(٥) ثلث أرض وادى القرى - وقد كان ثلث هذه الارض لبنى عذرة وثلثيها لليهود فصالحهم الرسول عليه السلام على نصفها فصارت أثلاثا - ثلث للرسول عليه السلام

....

(١) الأموال لابن عبيد ص ٧٩ - ٨٠ (٢) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٧١ - (٣) المرجع السابق والأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص ٢٠١

وهى من صدقاته وثلثها لليهود وثلثها لبنى عذرة وظل الحال كذلك حتى أجلاهم عمر ــ ولم يظلمهم حقهم ــ بل قوم نصيبهم فبلغت قيمته تسعين ألف دينار فدفعها اليهم ثم قال لبنى عذره ــ ان شئتم اديتم نصف ما أعطيت ونعطيكم النصف فأعطوه النصف وهو خمسة وأربعون ألف دينار فصار نصف الوادى لبنى عذره والنصف الاخر الثلث منه فى صدقات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو القدر الذى كان جرى الصلح عليه مع اليهود . والسدس تكمله النصف ملكية عامة للجماعة الاسلاميه ــ ومصرف جميع النصف الآن سواء (١) .

(٦) موضع سوق بالمدينة يقال له مهزور . ولقد استقطعها مروان بن الحكم من عثمان بن عفان رضى الله عنه فأقطعها عثمان اياه ولقد انتقد الناس هذا العمل من سيدنا عثمان ولكن الماوردى يجيب عن ذلك بأنه لاحرج على عثمان أن يقطع هذه الارض اقطاع استغلال ولكننى أرى أنه لا لوم على سيدنا عثمان حتى ولو كان الاقطاع أقطاع تمليك بناء على ما سلف أن أوضحنا من أن هذه الارض موصدة لمثل هذا العمل بناء على القول بأن ما كان للرسول عليه السلام فهى للأمام من بعده .

(ب) <u>النوع الثانى : من الأرض التى تكون مملوكه للدولة</u> :

النوع الثانى من الارض التى تكون مملوكة للدولة موات الارض التى تؤول ملكيتها للمسلمين من المحاربين ــ وكذا موات الأرض التى صالح الامام سكانها على أن تكون ملكيتها لهم فان موات هذه الارض يكون للمسلمين على رأى بعض الفقهاء .

ووجهة هذا القول أن الصلح انما يجرى على العامر فأما الموات فعلى أصل الأباحة .

والرأى الآخر يرى أن الصلح يقع على العامر والموات معا ــ وهذا الخلاف فيما اذا لم ينص العقد على دخول الارض الموات فى ضمن الارض المصالح عليها ــ فأما اذا نص على دخولها دخلت قولا واحدا (٢) .

والرأى السائد لدى الفقهاء ــ أن الارض الموات مباحة فمن أراد أن يعمرها فله ذلك . من غير أن يكون هناك حرج عليه ومن ثم اختلف الفقهاء فى حكم استئذان

....

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥٣ ــ الاستخراج لابن رجب ص ٦١

الامام فى احياء هذه الأرض فجمهور العلماء يرى عدم وجوب الاذن ـ مطلقا ـ وبعضهم يرى وجوبه مطلقا ـ وبعضهم يرى وجوبه فيما قرب دون مابعد ـ ويرى بعضهم وجوبه فيما جهل مالكه دون ماعرف وسيأتى بيان ذلك فى فصل احياء الموات .

ولكن ما نريد أن نقوله الآن هو أن من قال بالاذن قال بذلك بناء على حق الامام فى منع التشاحن وقطع النزاع وليس ذلك مبنيا على تملك الدولة لهذه الارض.

وأننى مع تقديرى للأئمة الأجلاء ومسلكهم فى هذا التعليل حرصا منهم على أن تظل أيدى الأئمة بعيدة عن التسلط بقدر المستطاع على مقدرات الشعوب وحريتها على أرضها فقالوا ان الموات مباح بالرغم من القول بوجوب الأذن .

الا أننى أختلف معهم فى القول بالأباحة ـ وأرى أن الأرض الموات التى تقع ضمن الأرض التى أسلم عليها أهلها أو التى افتتحت عنوة . أنها ملك للدولة ـ وللأمام عليها سلطان المالك على ملكه ـ فله أن يمنع أو يأذن فى احيائها من واقع تملك الدولة لهذه الارض ـ وبناء على سلطانها عليها سلطان ملك ـ وليس له ذلك بحجة قطع التنازع ـ ومنع التشاح فيها والفرق ظاهر بين البناءين ـ فعلى الاول ـ أن من أحيا شيئا بغير اذن الامام لايتملكه وللأمام أن يمنعه بخلاف الثانى ـ فان له أن ينظم عمليه الاحياء فقط ـ فاذا أحييت بغير اذنه ولم يقع نزاع ولا مشاحه فان العمل يكون ماضيا ليس لاحد ابطاله .

والذى دعانى الى هذا القول ـ واختيار هذا المسلك ـ الامور الاتيه :

(أ) أن هذه الارض الموات داخله فى ضمن الانفال التى جعلت ملكيتها للرسول عليه السلام بقوله تعالى (يسألونك عن الانفال ـ قل الانفال لله والرسول ـ الخ)
فالمراد من الانفال مجموع الثروات التى آلت للمسلمين من المحاربين يقول أبو عبيد: الانفال أصلها جماع الغنائم ـ الا أن الخمس منها مخصوص لأهله (1) .

(ب) ماروى يحى ابن آدم قال ـ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (عادى الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن أحيا شيئا من موات الارض فله رقبتها (2)).

فالحديث الشريف يؤكد . أن الارض الموغله فى القدم والتى لم يكن لاحد عليها ملك ولا أثر ملك لاحد عليها أنها لله ولرسوله ـ وبعد أن تكون ملكيتها لله وللرسول فهى بعد ذلك للمسلمين على وفق الشروط التى تشترطها الشريعه وبالقدر الذى

. . . .

(1) الاموال لأبى عبيد ص ٤٢٨ (2) الخراج ليحى بن آدم ص ٨٢ ط سلفية

يحقق المصلحة للمسلمين .

(جـ) ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة جعلوا له كل أرض لا يبلغها الماء يصنع بها ما يشاء[١] .

فهذا القول صريح الدلالة على أن التنظيم الجديد للدولة - اقتضى أن تكون ملكية هذا النوع من الارض يكون لها - حتى يكون للأمام حرية الحركة فى وضع الأسس التى يراها لتحقيق البناء الجديد للدولة الناشئه .

(هـ) ماروى أن أبا سفيان بن حرب قام بفناء داره فضرب برجله ثم قال لنا سنام الارض ان لها لسنا مازعم ابن فرقد الاسلمى أنى لا أعرف حقى ان لى بياض المروة وله سوادها وله مابين كذا وكذا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال ليس لاحد الا ما أحاطت عليه جدرانه[٢] وقال لنا رقاب الأرض[٣] .

لهذه الأدلة لا يسعنى الا أن أقول ان الارض الموات تكون مملوكة للدولة ولها عليها كافة اختصاص الملك - خصوصا اذا لاحظنا ما قد تشتمل عليه هذه الارض من ثروات معدنية وبترولية طائلة الامر الذى يتحتم معه أن تكون يد الدوله على هذه الارض يد ملك حتى يمكن استغلالها بما يضمن للأمة كلها الرفاهية والخير وسوف يتأكد هذا المعنى فى فصل احياء الموات فى الباب الثانى .

النوع الثالث : من الأرض المملوكة للدولة (أرض الصفايا)

الصفايا جمع صفى - والصفى مايصطفيه الامام والرئيس لنفسه من المغنم قبل القسمة وكان معروفا فى الجاهلية - بمقدار الربع - قال الشاعر :

لك الرباع منها - والصفايا - وحكمك - والنشيطة - والفضول .

والنشيطة مايغنمه القوم فى طريقهم التى يمرون بها - والفضول - بقايا الغنيمة التى لاتمكن قسمته[٤] .

وأرض الصفى - هى أرض مخصوصة للأمام اصطفاؤها ليكون حر التصرف فيها .

وهذه الارض المخصوصة هى ما كان مملوكا لملك أو رئيس الدولة المحاربة أو أفراد حاشيته أو وزرائه أو نحو ذلك فللأمام أن يصطفى منها ما يشاء ويجعله على ملك الدوله حين تكون المصلحة فى ذلك بحيث تكون له حرية أوسع فى التصرفات التى تقتضيها مصلحة الدولة والأمة ولقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم اصطفى من كل غنيمة آلت الى المسلمين فقد روى عامر الشعبى قال كان للنبى سهم

....

(١) الاموال لابى عبيد ص٣٩٧ بند ٦٩٣ سلفيه
(٢) الام للأمام الشافعى جـ٣ ص ٢٦٨ - ٢٩٩ ط دار الشعب
(٣) الاموال لابى عبيد ص ٣٩٣
(٤) انظر المصباح المنير باب الصاد مع الفاء جـ١ ص ١٨٣

يدعى الصفى ان شاء عبدا - وان شاء أمة . وان شاء فرسا يختاره قبل الخمس - وعن عائشة رضى الله عنها قالت صفية من الصفى (١) .

فهذه الأحاديث وغيرها تدل على أن للامام أن يختص من الغنيمة بشئ (٢) .

وقد اقتصر اصطفاء الرسول عليه السلام على الأشياء المنقوله فقط لأنه فيما يظهر قد اكتفى بما أفاء الله عليه من أرض بنى النضير . حيث جعلها الله له بقوله تعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب . فاكتفى بها ولم يصطف غيرها أرضا أخرى .

وقد قال جمهور العلماء أن الصفى كان خاصا بالرسول عليه السلام وليس لمن بعده من الأئمة أن يصطفى .

وذهب بعضهم وعلى رأسهم ابو ثور حيث قالوا انه للامام بعده أن يصطفى فأثبتوا له هذا الحق أيضا (٣) . وهذا القول هو الاولى بالقبول - بدليل أن عمر رضى الله عنه قد اصطفى وغير في نوع الاشياء التى تصطفى فكانت صوافيه من الارض .

وقد عمد الى اصطفاء الأراضى التى كانت مملوكة للدوله المحاربة - بأن كانت مملوكة لرئيسها أو لأحد المسئولين الكبار فيها وبعض المواضع الاخرى التى رأى أن تؤول ملكيتها الى الدولة يقول الامام ابو يوسف أصفى عمر كل أرض كانت لكسرى أو لآل كسرى - أو لرجل قتل فى الحرب أو لحق بأرض الحرب أو مغيض ماء أو دير بريد .

وقال حدثنى بعض أهل المشيخة القدماء قال - وجد فى الديوان - أن عمر رضى الله عنه أصفى أموال كسرى وآل كسرى وكل من فرعن أرضه أو قتل فى المعركه وكل مغيض ماء أو أجمة فكان عمر رضى الله عنه يقطع هذه لمن اقطع ثم يعقب على ذلك بقوله وذلك بمنزله المال الذى لم يكن لأحد ولا فى يد وارث فللامام العادل أن يجيز ويعطى من كان له غناء فى الاسلام ويضع ذلك موضعه ولا يحابى به فكذلك هذه الارض فهذا سبيل القطائع عندى فى أرض العراق والذى فعل الحجاج ثم عمر بن عبد العزيز (٤) .

....

(١) نيل الاوطار للشوكانى جـ ٧ ص٢٧٨ - الاموال لابى عبيد ص١٩ بند ٣٠

(٢) نيل الاوطار جـ ٧ ص٢٧٨ (٣) انظر أحكام القرآن لابن العربى جـ٢ ص٨٤٨ ط أولى

(٤) الخراج لابى يوسف ص٥٧ - ٥٨ ط سلفية

وروى أبو عبيد قال أصفى عمر من أرض السواد عشرة أصناف أرض من قتل فى الحرب (يعنى من الكفار) وأرض من هرب من المسلمين - وكل أرض كانت لكسرى - وكل أرض لأهل بيته وكل مغيض ماء (١) - ودير بريد - قال فكان غلة ما أصفى سبعة الاف ألف قال - فلما كانت الجماجم (٢) . أحرق الناس الديوان وأخذ كل قوم مايليهم .

ثم قال أبو عبيد . فهذه كلها أرضون قد جلا عنها أهلها فلم يبق بها ساكن ولا لها عامر فكان حكمها الى الامام كما ذكرنا فى عادى الارض (٣) .

من هذا يتبين لنا أن أبا يوسف - وأبا عبيد يريان أن هذه الارض تكون مملوكة للدولة .

وقد خالف فى هذا الشافعية والحنابلة حيث قال الشافعية فى قول لهم والحنابلة فى رواية عندهم أن هذه الأرض تصير وقفا بمجرد الأستيلاء عليها فهى على هذا تكون مملوكة للجماعة الاسلامية ابتداء وعليه فلا يكون للأم فيها التصرفات المخولة له من بيع أو هبة أو اقطاع .

ولهما رأى آخر يقول - انها لا تصير وقفا - الا اذا قام الأمام بوقفها - وهذا الرأى يتفق مع قول من قال ان أمرها الى الأمام - اذ يكون له فى هذه الحالة الأقطاع أو الوقف أو غير ذلك (٤) .

وما حدث بالعراق حدث مثله بمصر فقد ضبط عمر والأراضى التى كان يتملكها الرومان والأراضى التى كانت تختص بها الحكومة الرومانيه وكان يعطى منها بعض الأشخاص من هذه الاراضى بأمر الخليفة عمر بن الخطاب (٥) .

شبهـــة مدفوعــه

قد يتوهم أحد أو يظن ظان أن معنى أن يجعل الاسلام قسما من الأرض مملوكا للدولة ممثلة فى شخص الأمام - أن يكون طليق اليد يتصرف فيها حسب

....

(١) الاماكن المنخفضه التى يجتمع فيها الماء (٢) معركة كانت بين الحجاج وعبد الرحمن بن محمد بن الاشعث الذى خرج وثار معه القراء والعلماء .

(٣) الأموال لابى عبد ص ٣٩٩ . ص ٤٠٠ والخراج ليحى بن آدم ص ٥٩ - ٦٠ ط سلفيه

(٤) راجع مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٧ الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٧ ط حلبى وأبى يعلى ص ١٤٨ (٥) راجع الملكية العقارية فى مصر للدكتور محمد كامل مرسى ص ٦٥ - والاحكام المرعية للأراضى المصريه لارتين باشا .

أهوائه ونزواتـه الخاصة أو يتخذه وسيلة لأشباع رغباتـه كلا ـ اذ من الخطأ أن نحكم بالواقع السيء الذى تحياه بعض الدول الاسلامية وما تعانيه من القهـر والتسلط من بعض حكامها أن نحكم من خلال ذلك على المبادئ الاسلاميه •

لان الحاكم الذى ينشئه الاسلام على العفاف والزهد وينمى فيه فضيلة الترفع عن أموال الامة التى استخلفه الله رعايتها وجعل هذا الامام او الحاكم ينزل مال المسلمين من نفسه بمنزله مال اليتيم فان استغنى عفوان احتاج أكل منه بالمعروف حاكم من طراز أبى بكر وعمر وعثمان وعلى بن أبى طالب وعمر بن عبد العزيز وغيرهم •

فهذا هو أبو بكر رضى الله عنـه يضرب مثلا رائعا فى الاحتياط لنفسه ليكون بعيدا عن أموال المسلمين فيقول لابنته عائشة انى لم أرد أن أصيب من هـذا المال شيئا فلم يدعنى ابن الخطاب حتى أصبت منـه ستة آلاف وان حائطـى بمكان كذا وكذا فيها يعنى فى مقابل ما أخذته من بيت المال نفقة) فلما قبض بعثت عائشه الى عمر فذكرت له ذلك فقال (رحم الله أباك لقد أحب أن لا يدع لاحد بعده مقالا ـ وانى ولى الأمر من بعده وقد رددتها عليكم)(١)

ثم يسير على الطريق نفسه عمر بن الخطاب رضى الله عنـه روى أن الاحنف ابن قيس قال كنا جلوسا بباب عمر فخرجت جارية فقلنا هذه من سرية عمر فقالت انها ليست بسريه عمر ـ انها لاتحل لعمر انها من مال الله قال فتذاكرنا بيننا ما يحل لـه من مال الله قال فنمى ذلك اليه (يعنى وصل الى علمه) فأرسل الينا فقال ما كنتم تذاكرون ؟ فقلنا خرجت علينا جارية فقلنا هذه سرية عمر فقالت انها ليست بسريه عمر انها لاتحل لعمر انها من مال الله فقال عمر (ألا أخبركم بما أستحل من مال الله ؟ حلتين رحلة الشتاء والقيظ وما أحج عليه وأعتمر من الظهر وقوت أهلى كرجل من قريش ليس بأغناهم ولا بأفقرهم ثم أنا رجل من المسلمين يصيبنى ما يصيبهم •

وكان يخشى أن يفارق الدنيا وعليه من مال المسلمين شيء فيتركه الأمام الذى يأتى بعده فكان اذا (أراد أن يقترض مالا اقترضه من أحد أغنياء المسلمين ولم يقترضه من مال المسلمين أرسل يوما الى عبد الرحمن بن عوف يستسلفه أربعمائه

....

(١) الأموال لابى عبيد ص ٣٧٩

درهم فقال له عبد الرحمن اتستسلفنى وعندك بيت المال الا تأخذ منه ثم ترده ؟ فقال عمر انى اتخوف ان يصيبنى قدرى . فتقول أنت وأصحابك اتركوا هذا لأمير المؤمنين حتى يؤخذ من ميزانى يوم القيامه ولكنى اتسلفها منك لما أعلم من شحك فاذا أنا مت جئت فاستوفيتها من ميراثى (١) .

وكما كان هذا مسلكه لنفسه كان مسلكه مع عماله يحاسبهم ويدقق فى هذه المحاسبة من غير أن يؤثر على ذلك مركز أو منزلة من يمثل للحساب أمامه .

عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال لنا عمر يوما انى حلت بينكم وبين مكاسب المال فأيكم كان له مال فانه مما تحت أيدينا فلا يترخص أحدكم فى البردعة والحبل والقتب فان ذلك للمسلمين ليس أحد منهم الا وله فيه نصيب فان كان لانسان واحد رآه عظيما وان كان لجماعة المسلمين ارتخص فيه وقال مال الله .

وحين قدم أبو هريرة من البحرين وكان عاملا عليها وقد جاء بأموال كثيرة كانت مظنة التساؤل قال له عمر - ياعدو الله وعدو كتابه أسرقت مال الله ؟ قال لست بعدو الله ولاعدو كتابه ولكنى عدو من عاداهما - ولم أسرق مال الله قال . فمن أين جمعت لك عشرة الاف درهم ؟ قال خيلى تناسلت - وعطائى تلاحق وسهامى تلاحقت فقبضها منه يقول أبو هريرة فلما صليت الصبح استغفرت لأمير المؤمنين (٢) .

وعلى نفس النهج سار عمر بن عبد العزيز فحين ولى الخلافة رد الأقطاعات التى أقطعت لبنى أمية ولم ير أنهم يستحقونها فبدأ أول مابدأ بنفسه فرد القطائع التى ورثها قائلا لمولاه مزاحم ان أهلى اقطعونى مالم يكن لى أن آخذه ولا لهم أن يقطعونيه وكان مما رده فدك فقد جمع قريشا ووجوه الناس وقال لهم ان فدك كانت مما أفاء الله على رسوله فسألته فاطمه أن يهبها فأبى فكان يضع ماياتيه منها فى أبناء السبيل ثم ولى أبو بكر وعمر وعثمان وعلى فوضعوا ذلك بحيث وضعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وليها معاوية فأقطعها مروان بن الحكم فوهبها مروان لأبى ولعبد الملك فصارت لى وللوليد وسليمان فلما ولى الوليد سألته حصته منها فوهبها لى وسألت سليمان حصته فوهبها لى فاستجمعتها وما كان من مال أحب الى منها ....

....

(١) الأموال لأبى عبيد ص ٣٨٠ - ٣٨١ (٢) المرجع السابق ص ٣٨١ - ٣٨٢

فاشهدوا أنى قد رددتها الى ما كانت عليه[1] — أى ردها الى ماكانت عليه ملكيه عامة — لأنه رأى أنها لم تستغل فى دفع حاجة المحتاجين ولكنها وزعت على المحاسيب والآل — ولهذا فقد أجرى خامس الخلفاء الراشدين مراجعه عامة لتصرفات بنى أمية وردها الى ما كانت عليه .

....

(١) فتوح البلدان للبلاذرى ص ٣٨

المبحث الخامس

العامر من أرض العنوه

وبيان حكم أرض العنوة يتوقف على بيان العلاقه بين آيات الغنيمة والفيء .
وحكم فتح خيبر - ومكه والعراق والشام ومصر .

ومن خلال الكلام على هذه المطالب سوف يتضح لنا حكم هذه الارض - ومذاهب الفقهاء فيها ونوع الملكية المطبق عليها وقد أفردنا لكل عنصر من هذه العناصر مطلبا مستقلا .

المطلب الأول

الكلام على آيات الغنيمة والفيء

الايات التى تناولت موضوع الغنيمة - والفيء - أربع آيات وهى :

(١) قوله تعالى (يسألونك عن الأنفال قل الانفال لله والرسول فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين[1] .)

(٢) وقوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ان كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير[2])

(٣) وقوله تعالى (وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير)

(٤) وقوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لايكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون والذين تبوءوا الدار والأيمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولايجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم

....

(١) الآيه رقم ١ من سورة الانفال (٢) الآيه ٤١ من سورة الانفال

المفلحون والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان ولا يجعل فى قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا انك رءوف رحيم (١))

(١) أما الآية الأولى : فقد سبق أن اخترنا أن المراد بالنفل ما يطلق على السلب والعطاء من أصل الغنيمة أو من الخمس أو من الغنيمة بعد اخراج الخمس منها .
وبينا أن الغنيمة قبل القسمة على ملك الدولة ممثلة فى شخص الامام فله أن يعطى منها وبعد أن يتم جمعها والفراغ من تهيئتها للقسمة حينئذ يأتى مجال التفصيل بقوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول الخ .. .

وبهذا الجمع فلا وجه لمن قال ان الايه الثانية ناسخة للأولى - اذ لا مجال للنسخ لأنه لا تعارض - وانما هو تفصيل بعد اجمال جاء لحكمة ساميه فقد أراد الله هذا الفصل المكانى والزمانى بين الآيتين حتى ينتزع من قلوبهم حب المال ويربيهم على التجود ويلفت نظرهم الى قانون النصر الذى ينبغى عليهم دراسته والعمل بموجبه فاذا استقرت هذه المعانى فى قلوبهم تأتى بعد ذلك آية التقسيم لتجد نفوسا قد تطهرت من التعلق بالمغنم يستوى لديها أن تعطى وأن تمنع وما عليك الا أن تقرأ الآيات الواقعه بين الآيتين فى سورة الأنفال سيجد هذه الحقيقة واضحة كل الوضوح .

(٢) تبقى الآيات الثلاث الباقيه :

فآية الانفال الثانية - وأعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه الخ ذكرت ما أخذ بقتال وبينت مصرف خمسة وجعلت أربعة أخماسه للغانمين وبينت السنة كيفية مصرفها وآية الحشر الاولى بينت أن ما أخذ بغير قتال فهو خاص بالرسول .
وجاءت الآية الثالثة وهى آية الحشر الثانيه .

فذكرت ما أخذ من أهل القرى عموما الا أنها لم تتعرض لبيان كيفية أخذه هل أخذ بقتال أو بغيره فمن هنا نشأ الخلاف بين العلماء هل تلحق بآية الانفال وتحمل عليها ويكون المراد بيان أن ما أخذ بقوة وقهر يصرف خمسة على النحو الذى ذكر فى آية الحشر و أن ما ذكر بصدد بيان الخمس ليس للحصر ولكنهم خصوا بالذكر لتأكيد استحقاقهم وأن لهم حق أولويه على من سواهم ؟ وبذلك تكون آية الحشر ناسخة لآية الانفال لان هناك تعارضا بين الآيتين لشمول آية الانفال للأرض التى

....

(١) الآيات ٦ - ١٠ من سورة الحشر

أخذت عنوة وتأيد قسمتها بما حصل من قسمة الرسول عليه السلام للأرض فى خيبر وبين آية الحشر حيث وجدت أرضا أخذت عنوة ولم تقسم على وفاق آية الأنفال من هنا نشأ التعارض يقول ابن رشد وقيل (ان آية الحشر ناسخة لآية الانفال لان النبى صلى الله عليه وسلم بين بفعله فى أرض خيبر أنها على عمومها فى جميع الغنائم والأرض وغيرها فنسخت من ذلك الارض خاصة (١) . بل ان بعض العلماء أغرب فقال ان آية الانفال هى التى نسخت آية الحشر وهذا بعيد لان المتأخر هو الذى ينسخ المتقدم وليس العكس . وقيل ان آية الحشر مخصصة لآية الانفال ومفسرة لها ومبينة أن المراد بها ماعدا الأرض من الغنائم وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قسم خيبر لان الله تعالى وعد بها أهل بيعة الرضوان بقوله وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه وكف أيدى الناس عنكم فهى مخصصة بهذا الحكم دون سائر أرض العنوة (٢) .

وممن قال بالتخصيص الامام الجصاص حيث قال فيكون تقدير الآيتين بمجموعها واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه من الاموال سوى الأرضين وفى الارض اذا أراد الامام ذلك وما أفاء الله على رسوله من الأرضين فلله وللرسول ان اختار الامام تركها على ملك أهلها ويكون ذكر الرسول ههنا لتفويض الأمر اليه فى صرفه الى من رأى فاستدل عمر رضى الله عنه من الاية بقوله كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم وقوله والذين جاءوا من بعدهم الخ . وقال لو قسمتها لصارت دولة بين الاغنياء منكم ولم يكن لمن جاء بعدهم من المسلمين شئ وقد حصل لهم فيها الحق بقوله تعالى - والذين جاءوا من بعدهم - (٣) وقال جماعة آخرون بالحاقها بالآية الاولى من الحشر ويكون المرد بالآية الاولى من آيتى الحشر أن الله قد بين حكم ما أخذ من بنى النضير فى الاية الأولى .

....

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد ص ٢٧١ (٢) المرجع السابق

(٣) أحكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٤٣٠ - وانظر أحكام القرآن للقرطبى ص ٢٨٤٠ ط دار الشعب - بداية المجتهد جـ١ ص ٤١٩ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

ثم بين حكم ما يؤخذ من غيرهم من أهل القرى مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب .(١)

والذى دعا العلماء الى القول بالنسخ تارة وبالتخصيص أخرى هو جعل لفظ الغنيمة خاصا بما حصل للمسلمين من أموال المحاربين عنوة وقهرا وجعل لفظ الفيء خاصا بما حصل للمسلمين من المحاربين من غير قتال ولا ايجاف خيل .

وقد سبق لنا القول بأن هذا التخصيص ليس محل اتفاق بين علماء اللغة ولا بين فقهاء الشريعة .

والقول بأن الغنيمة هى المنقول - والفيء هو الارض كما سبق أن رجحنا لو قلنا بذلك لأعفانا من محاولة التوفيق بينهما بالقول بالنسخ تارة - وبالتخصيص تارة أخرى .

....

(١) الاستخراج لابن رجب ص ١٧

المطلب الثاني

فتح خيبر - ونوع الملكية التى طبقت عليها

أولا : حكم فتح خيبر

خيبر مدينة تقع شمال المدينة المنورة على بعد ثلاثة أيام وهى ذات حصون منيعة وقلاع كثيرة وحدائق غناء وكان سكانها من اليهود قد باتوا خطرا محققا على الدولة الناشئة حيث بدءوا فى حرب المسلمين حربا نفسية بغية النيل من قوتهم وتمهيدا لغزو مسلح ريثما تحين الفرصة فقد كانوا يخرجون كل صباح فى مظاهرة عسكرية بما يقرب من عشرة آلاف مقاتل قاصدين أن تصل أنباؤها الى المسلمين فيدب الخوف فى نفوسهم كانوا يقولون مثلا (محمد يغزونا هيهات هيهات) ولكن الذى عصم محمدا من الناس أيده بنصره - وبالمؤمنين - وخيب ظن اليهود وأعمى بصائرهم وأعان محمدا وصحبه عليهم وتم له فتحها فى السنة السابقة للهجرة (١) .

وقد اختلف الفقهاء فى كيفية فتحها هل كان عنوة ؟ أم كان بعضها عنوة وبعضها صلحا ؟ واليك أدلة كل قول :

أولا : أدلة القائلين بأن الفتح كان عنوة استدلوا بما يأتى :

(١) ما جاء عن ابن اسحاق قال سألت ابن شهاب فأخبرنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم افتتح خيبر عنوة بعد قتال ونزل من نزل من أهلها على الجلاء بعد القتال (٢) . فهذا الخبر يدل دلالة صريحة على أن الرسول عليه السلام فتح خيبر عنوة .

(٢) ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال حين امتنعت عليهم خيبر ولم يؤثر فيها الحصار - قال لأعطين الراية غدا رجلا يحبه الله ورسوله ويفتح على يديه ليس بفرار - وكان ذلك الرجل هو على بن أبى طالب (٣) .

....

(١) انظر امتاع الأسماع للمقريزى جـ١ ص ٣١٩
(٢) انظر زاد المعاد جـ٢ ص ١٤٥ لابن القيم .
(٣) امتاع الأسماع للمقريزى جـ١ فتح خيبر

(٣) عن أنس رضى الله عنه قال - ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غزا خيبر فأصبناها عنوة فجمع السبى - وهذا نص فى المدعى لايحتمل غيره .

(٤) وعن أسلم مولى عمر قال . قال عمر - أما والذى نفسى بيده لولا أن أترك آخر الناس ببانا ليس لهم من شئ ما فتحت على قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر - ولكن أتركها لهم يقتسمونها - رواه البخارى[1]

والوجه منه - أن عمر بن الخطاب قد ذكر أنه لولا أن آخر الناس يأتون فلا يجدون مصدرا لرزقهم لقسم كل قرية يفتحها كما قسم رسول الله خيبر والقرية لاتجوز قسمتها الا اذا افتتحت عنوة للتلازم بين العنوة والقسمة عند من يقول بها[2] .

ثانيا : ادلة من قال - ان بعضها فتح عنوة - والبعض الاخر فتح صلحا ؛

استدل هؤلاء بما يلى :

(١) ما روى عن الزهرى أن سعيد بن المسيب أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم افتتح بعض خيبر عنوة[3] - فهذا النص يفهم منه أن البعض الاخر قد فتح صلحا .

وهذا مردود - أولا - لاضطراب النقل عن ابن شهاب فقد سبق أنه قد صرح بأن الرسول افتتحها عنوة - ثانيا - أن هذه دلالة مفهوم - ودلالة المفهوم لاتقوى على دلالة المنطوق .

(٢) وعن بشير بن يسار عن سهل بن خثمه قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين نصفا لنوائبه وحوائجه ونصفا بين المسلمين قسمها على ثمانيه عشر سهما رواه أبو داود - .

ووجه الدلالة منه أن ما قسمه الرسول بين المسلمين هو ما أخذ عنوة وما لم يقسمه بل جعله لنوائبه وما ينزل به هو ما فتح صلحا .

يقول الشوكانى - والمراد بالذى عزل ما فتح صلحا وبالذى قسم ما فتح عنوة[4] .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٨ ص ١١ والمراد بالببان المعدم الذى لا شئ له والمعنى لولا أن اتركهم فقراء معدمين لا شئ لهم أى متساوين فى الفقره قبل ببانا بموحده ثم تحتانيه بدل الموحده أى شيئا واحدا .

(٢) زاد المعاد لابن القيم جـ ٢ ص ١٣٧

(٣) نيل الاوطار جـ ٨ ص ١١ وانظر الاستخراج لابن رجب ص ٢٥

(٤) المرجع السابق نيل الاوطار .

وقال البيهقى ـ وهذا لان خيبر فتح شطرها عنوة وشطرها صلحا فقسم مافتح عنوة بين أهل الخمس والغانمين وعزل مافتح صلحا النوائبه ومايحتاج اليه من أمور المسلمين (١) .

ويرد هذا بانه مبنى على أن هناك تلازم بين العنوة ـ والقسمة ـ وهو قول لايلزم المخالف أن يقول به .

المختـار :

والذى أميل اليه هو الرأى القائل بأنها فتحت عنوة .

لأن ما ذكر من أدلة عليه هى نص فيه لاتحتمل غيره يقول ابن القيم نقلا عن ابن اسحاق وأما من قال ان خيبر كان بعضها صلحا ـ وبعضها عنوة فقد وهم وغلط ـ وانما دخلت عليهم الشبهة بالحصنين اللذين أسلمهما أهلهما فى حقن دمائهم فلما لم يكن أهل ذنيك الحصنين من الرجال والنساء والذرية مفتوحين ظن أن ذلك الصلح ولعمرى ان ذلك فى الرجال والنساء والذرية كضرب من الصلح ـ ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكم أرضهما حكم سائر أرض خيبر كلها عنوة (٢) ـ وهذان الحصنان هما الوطيح والسلالم .

ثم انه لوكان الصلح متناولا للأرض ماصح قوله عليه السلام لليهود نقركم فيها ماشئنا اذ كيف يقرهم فيها ماشاء والحال أنها أرضهم ؟ فالصحيح أنها فتحت عنوة وهذا ما نختار .

ثانيا : نوع الملكية التى طبقت على خيبر

ولقد اختلفت كلمة الفقهاء فى نوع الملكية التى طبقت على خيبر على قولين :

(١) القول الاول : يرى أن الذى طبقه الرسول عليه السلام على خيبر ـ هو الملكية العامه ـ والملكية الخاصة معا ـ بناء على ما تقدم من القول بأن بعضها فتح عنوة وبعضها الاخر فتح صلحا فما فتح عنوة طبقت عليه الملكية الخاصة بناء على وجوب القسمة ومافتح صلحا طبقت عليه الملكية العامة .

(٢) القول الثانى : يرى أن الذى طبق على خيبر هو الملكية العامة وأن ماحدث من القسمة كان للغله ولم يكن لرقبة الارض .

....

(١) زاد المعاد جـ٢ ص ١٣٧ (٢) المرجع السابق

وقد استدل كل قول بأدلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة القول الاول القائل بأن ما طبق هو الملكية العامة فيما كان صلحا والملكية الخاصة فيما فتح عنوة – استدلوا بما يلى :

(١) ما روى عن عمر رضى الله عنه قال لئن عشت الى هذا العام المقبل – لاتفتح للناس قرية الا قسمتها بينهم كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر.(١)

والوجه منه أن عمر رضى الله عنه أخذ على نفسه عهدا – ان أحياه الله الى العام المقبل وهو العام الذى يلى العام الذى كان فيه أن يقسم بين المسلمين ما يفتح الله عليهم من البلاد تأسيا برسول الله صلى الله عليه وسلم فيما فعله فى خيبر ومعلوم أن الرسول لم يقسم خيبر كلها وانما جعلها جزئتين جزء لما ينوبه وما ينزل به وجزء قسمه بين المسلمين كما سبق القول .

فهو من باب التغليب باطلاق الكل وارادة البعض كما فى قوله تعالى فك رقبة حيث أطلق الرقبة وأراد العبد كله .

(٢) ويدل لذلك أيضا ماروى عن بلال وأصحابه فقد قالوا لعمر مطالبين بقسمة سواد العراق أن الفيئ الذى أصيب لك خمسه ولنا ما بقى كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم .

– وبما احتج به الزبير بن العوام على عمرو بن العاص حين طالبه بقسمة أرض مصر قائلا ياعمرو بن العاص اقسمنها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر فهذا كله صريح فى أن الرسول عليه السلام قد طبق على خيبر نوعى الملكية العامة – والخاصة .

ثانيا : أدلة الرأى الثانى – القائل بأن ما طبق على خيبر هو الملكية العامة وأن القسمة كانت للغلة ولم تكن لرقبة الارض – استدلوا بمايلى :

(١) ماروى عن ابن عمر قال لماافتتحت خيبر سألت يهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على أن يعملوا على النصف مما يخرج منها فقال رسول الله صلى ....

....

(١) نيل الاوطار جـ٨ ص ١٣

الله عليه وسلم تقركم فيها على ذلك ما شئنا فكانوا على ذلك وكان الثمر يقسم على السهمان في نصف خيبر وكان يأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم منه الخمس.[1]

(٢) ما روى عن نافع عن عبد الله بن عمر قال — قام عمر خطيبا فقال — قال النبي صلى الله عليه وسلم انا صالحنا أهل خيبر على أن نخرجهم متى أردنا وانهم عدوا على عبد الله بن عمر مع عدوهم على الانصارى قبله فلا نعلم لنا عدوا غيرهم فمن كان له بخيبر مال فليلحق به فاني مخرجهم[2].

(٣) أخبر بشير بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أفاء الله عليه خيبر قسمها على ستة وثلاثين سهما . جمع كل سهم منها مائة سهم وعزل نصفها لنوائبه وما ينزل به وقسم النصف الباقى بين المسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قسم الشق والنطاه وما حيز معهما وكان فيما وقف الكتبة والوطيحه — والسلالم — فلما صارت الاموال فى يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم — لم يكن له من العمال ما يكفون عمل الأرض فدفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم يعملونها على نصف ما خرج منها فلم تزل على ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم — وحياة أبى بكر — حتى كان عمر فكثر العمال فى أيدى المسلمين وقووا على عمل الارض فأجلى عمر اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم

من هذه الأخبار التى ذكرها أصحاب هذا القول تبين لنا ما يأتى :

(١) أن الرسول عليه السلام هو الذى مارس السيطرة بنفسه على أرض خيبر فهو الذى تولى الاتفاق مع اليهود على عمل الارض ... ما يخرج منها ونص فيه على أن الخيار له ومن حقه أن يخرجهم متى شاء — وهذا يدل على أن الارض أبقيت ملكية عامة .

اذ لو قسمها لترك لكل واحد منهم الحرية فى أن يزرع بنفسه أو يؤجرها لليهود .

ولم يعهد من الرسول عليه السلام أن أرغم أحدا على شئ أو أمضاه من غير أن يستشير صاحبه فيه أرأيت الى سبى هوازن ما الذى فعله الرسول حين أراد أن يرده على من وفد عليه منهم قال ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم وقال المهاجرون ما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم — وحين قال العباس بن مرداس

....

(١) انظر الاموال لابى عبيد ص ١١٨ — ١٠٩   (٢) الخراج لابى يوسف ص ٥٠ — ٥١

أما أنا وبنوتميم فلا وقال عينية بن بدر أما ما كان لى ولبنى فزاره فلا . ماذا قال النبى صلى الله عليه وسلم ؟ انه لم يرغم أحدا على أن يتزل عن ملكه بلا عــوض ولكنى قال ـ يا أيها الناس ردوا عليهم نساءهم وأموالهم فمن تمسك بشئ من هذا النئ فله علينا ست فرائض من أول مايفئ الله علينا ثم ركب راحلته ومضى .

فمن غير المعقول اذن أن تكون الارض أو بعضها ملكا للمسلمين مقسوما عليهم ثم يدفعها لليهود من غير أن يستشيرهم فى ذلك أو يخيرهم .

(٢) أنه قد صرح فى الخبر الثالث بأن الكتيبه والوطيحة والسلالم من الارض الموقوفه أى التى كانت ملكيتها ملكية عامة للجماعة الاسلامية وأن الشق والنطاة كانا مملوكين للدولـه الممثله فى شخص الرسول عليه السلام ـ الذى له أن يقطع منـه وأن يتصرف فيـه .

(٣) دلت هذه الأخبار كذلك على أن مايخرج من أرض خيبر كان يقسم مرتين الاولى بين المسلمين واليهود لكل منهما النصف ـ الثانية كان مايحصل عليه المسلمون يقسمه الرسول نصفين يحجز نصفا النوائبه وما ينزل بـه من الناس ونصف يقسمه بين المسلمين(١) .

المختـــار :

وبالنظر فى الأدلة نجد أن أولاها بالقبول ـ هو الرأى الثانى الذى يـرى أن الذى طبق على خيبر الملكية العامة . وأن ما جرى من قسمة على عهد الرسول عليه السلام هو القسمة للغله وذلك هو الذى تتمشى مع الأدلة كلها .

يقول الفقيه الطحاوى لم يقسم شئ منها فى عهد النبى صلى الله عليـه وسلم وانما قسمت فى عهد عمر وانما كان يقسم النبى صلى الله عليه وسلم غلاتها ولم يقسم الارض وانما قسم أرضها عمر(٢) . ويقول المقريزى بصدد بيان القسمـة التى وقعت فى خيبر (وكان من كان فارسا له فى ذلك ثلاثة أسهم فوضى لـم تحد ولم تقسم وانما لها رؤس مسمون لكل مائه رأس يقسم على أصحابـه ما خرج من غلتهـــا(٣) .

....

(١) راجع الاموال لابن عبيد ص ١٠٧ ـ ١٠٩

(٢) الاستخراج لابن رجب الحنبلى ص ٢٥ (٣) الامتاع للمقريزى جـ١ ص ٣٢٧

ويقول الشيخ أبو زهرة بصدد فتح خيبر وقد استولى بهذا الفتح على أموالهم المنقوله وعلى أراضيهم وحصونهم أما الأموال المنقوله فسمها بين الفاتحين وأما الارض الزراعيه والنخيل ـ فقد أبقاها كلها تحت أيدى أهلها مناصفة ـ أى يكون لهم النصف مما تنتجه الارض باعتبارهم زراعها والنصف الاخر للنبى صلى الله عليه وسلم باعتباره رئيس الدولة الاسلامية ويوزعها فى مصارفه وفى اقامة الدولة والتكافل الاجتماعى فيد الأهلين تكون يد عاملين يكون لهم النصف وملكية الرقبه للأمـــة فهى نشأت مؤممة ابتداء (١) .

بقى علينا أن نبين ماهية القسمة التى كان يقصدها ـ عمر ـ بقوله لئن عشت الى العام المقبل لا تفتح على الناس قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله خيبر .

والخطب فى ذلك يسير . فان مسلك عمر رضى الله عنـه فى الارض التى فتحها كان يقفها ويعطيها للمزارعين مقابل خراج وكان الخراج يجعل فى بيت المال للانفاق منـه على المصالح المختلفة من غير بيان لما يأخذه المسلمون وما يصرف على المصالح العامه . فهو يريد بقسمة مايفتح الله عليـه من القرى .

ان يجعل الغلات التى تخرجها الارض نصفين نصفا للمزارعين والنصف الاخـر يقسمه نصفين يحجز منه نصفا لنوائبه ومايتنزل بـه من الوفود ـ والنصف الاخر يقسمه بين المسلمين هذا هو ما تعطيه النصوص ـ ولا دلالة فيها على أكثر من ذلك ـ فالرسول لم يقسم خيبر رقبة ـ وانما قسم غلاتها وحين أخرج عمر اليهود وزع الارض على المسلمين ليقوموا بزراعتها بدلا من اليهود . حيث كثرت الأيدى العامله لدى المسلمين واستغنوا عن اليهود مع عدم الاخلال بملكية الامـــة للرقبـــه .

....

(١) فى المجتمع الاسلامى للشيخ أبو زهـرة ص ٣٣ ـ ٣٤

المطلب الثالث

فتح مكة ـ ونوع الملكية التى طبقت عليها

أولا : كيفية الفتح :

كان فتح مكة فى السنة الثامنه من الهجرة لعشر خلون من شهر رمضان حين نقض أهلها العهد الذى كان بينهم وبين الرسول على ماسبق بيان فى الواقع التاريخى لسير الدعوة .

ولقد اختلف الفقهاء فى صفة هذا الفتح ـ هل كل عنوة ـ أم كان صلحا؟ وكان خلافهم على قولين :

(١) القول الاول : يقول انها فتحت عنوة وأن المسلمين قد دخلوها بعد القتال والهزيمة واليه ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والرواية الراجحة لدى الحنابلة (١) .

(٢) القول الثانى : يقول انها فتحت صلحا واليه ذهب الشافعيه والرواية الاخرى لدى الحنابلة (٢) .

الأدلة :

أولا : أدلة القول الاول : القائل بانها فتحت عنوة استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول

فأما الكتاب :

فقوله تعالى (وهو الذى كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة من بعد أن أظفركم عليهم وكان الله بما تعملون بصيرا) (٣)

ووجه الدلالة من الاية ان الله تعالى قد كف أيدى أهل مكة عن المؤمنين وكف أيدى المؤمنين عنهم بعد أن ظفروا بهم وغلبوهم بالقهر والاستيلاء وقد أخذتهم المفاجأة فشلت ارادتهم عن التفكير وهذا من فضل الله تعالى فان القتال لم يتسع نطاقه ولم يستمر طويلا (٤) .

....

(١) الرسائل الزينبيه لاحمد بن نجيم المصرى ، ورقه ١٦١ بمكتبة الازهر ـ الاحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص١٨٨ ـ ١٨٩ ـ والخرشى ج٣ ص ١٢٩ ط الثانية ازاد المعاد ج٢ ص ٦٩ .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردى ص١٦٤ ـ وللقاضى أبى يعلى ص ١٨٨

(٣) الايه ٢٤ من سورة الفتح

(٤) انظر النفسفى ج٤ ص ١٢٢

ثانيهما : وأما من السنة فقد استدلوا بما يلى :

(١) بما روى عن أبى هريرة أنه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل مكة فبعث الزبير على احد المجنبتين وبعث خالدا على الجنبة الاخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر فأخذوا بطن الوادى ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتيبته قال وقد وبشت قريش أوباشها وقالوا نقدم هؤلاء فان كان لهم شئ كنا معهم وان أصيبوا أعطينا الذى سئلنا قال أبو هريرة ففطن فقال لى يا أبا هريرة قلت لبيك يارسول الله قال اهتف لى بالانصار ولا يأتينى الا انصارى فهتفت بهم فجاءوا فطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ترون الى أوباش قريش وأتباعهم ؟ ثم قال بيديه احداهما على الأخرى .

احصدوهم حصدا حتى توافونى بالصفا – قال أبو هريرة فانطلقنا فما يشاء أحد منا أن يقتل منهم ما شاء الا قتله وما أحد منهم يوجه الينا شيئا فجاء أبو سفيان فقال يارسول الله ابيدت خضراء قريش لاقريش بعد اليوم – فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أغلق بابه فهو آمن ومن دخل دار أبى سفيان فهو آمن فأغلق الناس أبوابهم فأقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الحجر فاستلمه (١) . فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على أن فتح مكة قد تم عنوة – وأنه لولا هذه المعركة الوقائيه التى أوقعت الأوباش فى حيرة وأصابتهم بالذهول الذى شل مقدرتهم على الحركة لتغير وجه المعركة وسال دم غزير .

فهل يقتدى المسلمون برسولهم ؟ المذهل أن اسرائيل هى التى طبقت هذا الاسلوب على المسلمين والعرب .

(٢) ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانه أذن لى ساعة من نهار فان أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم – وانه أذن لى ساعة من نهار – وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس ....

....

(١) انظر نيل الأوطار جـ٨ ص١٣ – ١٤ وزاد المعاد جـ٢ ص١٧٢ – والمراد بالمجنبتين بضم الميم وفتح الجيم وكسر النون المشدده – الميمنة – والميسرة والمراد – أنه بعث الزبير على احداهما – وخالد على الاخرى الحسر حاسر وهو من لا سلاح له – ومعنى الأوباش الاخلاط والسفلة والمراد أن قريشا جمعت الأخلاط والسوقه وقدمتهم لمعركة خاسرة .

فهذا الحديث صريح الدلالة على أن مكة فتحت عنوة حيث أحلت للرسول بعض هذا اليوم فلم تكن حراما أثناء العمليات الحربية وبعدها عادت حرمتها كما كانت قبل القتال.(٢)

(٣) ماروى عن أم هانئ بنت أبى طالب قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله زعم ابن أمى على بن أبى طالب أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن هبيرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجرنا من أجرت ياأم هانئ وفى لفظ للامام أحمد قالت لما كان يوم فتح مكه أجرت رجلين من أحمائى فأدخلتهما بيتا وأغلقت عليهما بابا فجاء ابن أمى على فتفلت عليهما بالسيف وذكرت حديث أمانهما.(٢)

ووجه الدلالة من الخبر أن عليا أراد أن يقتل من أجارته أم هانئ وهذا يدل على أن الفتح قديم عنوة اذ لو كان هناك صلح ما تفلت على على الرجلين وما كانا فى حاجة الى أمان أم هانى لاستغنائهما عنه بالامان العام الذى يوفره لهما الصلح على فرض وجوده.(٣)

ثالثا : وأما المعقول :

فقالوا لو فتحت مكة صلحا لاشتهر ذلك ووصل الينا كما حدث فى صلح الحديبيه فقد كان العدد فيها ألفا وأربعمائه ونقل الينا ذلك مفصلا : الصلح وشروطه والوقائع التى اكتنفت عقده والمفاوضون من الطرفين وغير ذلك مما تضمنته كتب السير فاذا كان العدد عشرة آلاف فى فتح مكة أفلا يكون من باب أولى أن ينقل الينا الصلح اذا وجد ؟ مع أن فتح مكة احدى الوقائع التى حددت مسار الدعوة الاسلامية.

ولذا يعقب ابن القيم على القول بالفتح صلحا ـ أفلا تكون كتابة ولا شهود ولاكان بحضره أحد ؟ هذا من الممتنع البين امتناعه.(٤)

ثانيا : أدلة القائلين بالفتح صلحا :

استدل أصحاب القول القائل بأن مكة فتحت صلحا بما يلى من الكتاب والسنه والمعقول.

....

(١) انظر زاد المعاد جـ٢ ص٦٩ ، ١٧٣ (٢) انظر نيل الاوطار جـ٨ ص ١٣ وما بعدها
(٣) زاد المعاد جـ٢ ص ٦٩ ، ص ٦٩ ، ١٧٣ (٤) المرجع السابق

(١) أما ما استدلوا به من الكتاب فقوله تعالى (وهو الذى كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة من بعد أن أظفركم عليهم وكان الله بما تعملون نصيرا)

ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى - قد أمتن على المؤمنين بأن كف أيدى المشركين عنهم فلم ينلهم منهم سوء ولم يكن قتال بل صلح أدى الى تأمين أهل مكه على دمائهم وأموالهم وأما من السنة فمنها ما يلى :

(١) عن أبى بن كعب قال لما كان يوم أحد قتل من الأنصار ستون رجلا ومن المهاجرين ستة فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن كان لنا يوم مثل هذا لنربين عليهم فلما كان يوم الفتح قال رجل لا يعرف لا قريش بعد اليوم فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمن الأسود والأبيض الا فلانا وفلانا ناس سماهم : فأنزل الله عز وجل وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين فقال عليه الصلاة والسلام فصبرو لا تعاقب[١] -

ووجه الدلالة منه أن الرسول عليه السلام أمن أهل مكه الا من استثنى وهذا الأمان كالصلح[٢] - بل ان بعض الرواة قد صرح بأن الرسول عليه السلام قد صالحهم بمر الظهران قبل دخول مكة[٣] .

(٢) ما روى أن أبا سفيان وحكيم بن حزام قالا يارسول الله كنت حقيقا أن تجعل عدتك وكيدك لهوازن فهم أبعد رحما وأشد عداوة فقال انى لأرجو أن يجمعهما الله لى - فتح مكة - واعزاز الاسلام بها - وهزيمة هوازن وغنيمة أموالهم فقال أبو سفيان وحكيم بن حزام فادع الناس بالامان أرأيت ان اعتزلت قريش وكفت أيديها آمنون هم ؟ قال من كف يده وأغلق داره فهو آمن - قالوا فابعثنا نؤذن بذلك فى الناس قال - فانطلقوا فمن دخل دار أبى سفيان فهو آمن - ومن دخل دار حكيم فهو آمن - فهذا صريح فى عموم التامين - وكان هذا أمانا منه لكل من لم يقاتل وهذا كالصلح سواء بسواء[٤] .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٨ ص ١٨ - ١٩ (٢) المرجع السابق ص ٢٠
(٣) المرجع السابق
(٤) المرجع السابق - انظر امتاع الاسماع للمقريزى جـ ١ ص ٣٧٢

(٣) ما روى أن سعد بن عبادة قائد كتيبه رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يا أبا سفيان اليوم يوم الملحمة ـ اليوم تستحل الحرمة اليوم أذل الله قريشا فنادى أبو سفيان عندما حاذاه النبى صلى الله عليه وسلم ـ يارسول الله أمرت بقتل قومك ؟ زعم سعد ومن معه كذا وكذا ـ وذكر ماقاله سعد ـ وانى أنشدك الله فى قومك ـ فأنت أبر الناس وأرحم الناس وأوصل الناس فقال عبد الرحمن ابن عوف وعثمان بن عفان يارسول الله ـ ما نأمن من سعد أن تكون منه فى قريش صولة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا أبا سفيان اليوم يوم المرحمة اليوم أعز الله قريشا ـ وأرسل الى سعد فعزله[1] .

فهذا يدل على أن الفتح لم يكن عنوة حيث قال الرسول لابى سفيان اليوم يوم المرحمة اليوم أعز الله قريشا وهذا لايستقيم اذا كان الفتح عنوة كما أنه لو لم يكن صلحا ـ ما عنف قائد من طراز سعد وما عوقب بالعزل لمجرد كلمات قالها من باب مايسمى الآن بالحرب النفسية ليفت فى عضد العدو ويهز ثقته بنفسه كذلك لو كان الفتح عنوة ما عوقب خالد بن الوليد على قتله بعض من لقى[2] .

ثالثا : المعقـول :

قالوا لو فتحت مكة عنوة لقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الفاتحين على نحو ما فعل فى خيبر ولملك الفاتحون دورها ورباعها وحيث لم يقسم الرسول ولم يتملك الفاتحون شيئا من رباعها كان ذلك دليلا على أنها لم تفتح عنوة وانما فتحت صلحا .

المناقشـة

أولا : مناقشة أدلة القائلين بأنها فتحت عنوة :

نوقش استدلالهم بقوله تعالى ـ وهو الذى كف أيديهم عنكم ـ وأيديكم عنهم الخ ـ بأن الكف لا يلزم أن يكون بعد وقوع قتال ولكنه كما يحتمل أن يكون بعد قتال ـ فانه يحتمل أن يكون بعد الاستعداد له فلما أظفرهم عليهم بالصلح

....

(١) امتاع الأسماع للمقريزى جـ١ ص ٣٧٥ (٢) المرجع السابق

و

الذى كان فى صالحهم كان هذا كفا ليد كل منهما عن صاحبه . والدليل اذا نطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال . سلمنا ـ أن الكف كان بعد وقوع قتال ـ لكنه لم يكن فى فتح مكة بل كان فى صلح الحديبية ـ وذلك حينما بعث أهل مكة ثمانين رجلا منهم لمناوشة المسلمين والايقاع بهم فلم يقاتلوهم بسبب أن كف الله أيدى كل فريق عن الاخر واوجد بينهم صلحا فيه خير للمؤمنين وعافيه لهم (١) .

ثانيا : مناقشه السنة :

(أ) يرد على استدلالكم بحديث ابى هريرة الذى دعا فيه الانصار واغراهم بالأوباش أن ذلك حدث لانهم لم يلتزموا الصلح أو الأمان الذى منح لهم ـ ولذا فحين غضب النبى الرسول عليه السلام على خالد ما أوقعه بهم من قتل قال ـ يارسول الله هم بدءونا بالقتال ورشقونا بالنبل ووضعوا فينا السلاح وقد كففت ما استطعت فهذا دليل على أن الامر بالقتال لكان مقيدا ـ بما اذا أظهروا الغدر وبدءوا بالخيانة . فانهم بذلك يكونون ناقضين للصلح .

(ب) ويناقش استدلالهم بحديث اجارة أم هانئ وماحدث من على من عزمه على قتل من اجارت بانه يحتمل أن يكون على قد نما ول فيهما شيئا استحقا عليه القتل أو انهما بدءا بالقتال ثم طلبا بعد ذلك الجوار .

رد هذه المناقشة :

ويجاب عما قيل فى الحديثين بأنه لم يحصل بين الطرفين صلح والا لنقل الينا تفصيل هذا الصلح ـ من شروط ومدة وغير ذلك لكنه لم ينقل الينا شئ من ذلك فدل على أنه لم يحدث ولئن سلم أنه كان صلح فان قريشا كلها لم تتقيد به بل قامت بجميع أوباشها وجهزتهم لتدفع بهم كموجه أولى تحسب على أثرها الخطوات الواجب اتخاذها بعد ذلك حيث قال كبارهم تقدم هؤلاء فان كان لهم شئ كنا معهم وان اصيبوا أعطينا الذى سئلنا .

الا أن الرسول عليه السلام أفسد عليهم خطتهم وشن هجوما خاطفا بدد كل أمل لهم فى النصر واصابهم بالشلل الكامل .

. . . .

(١) انظر التفسير العظيم لابن كثير جـ ٤ ص ١٩٢

ثانيا : مناقشة أدلة القائلين بأنها فتحت صلحا وهم الشافعية ومن معهم :

(أ) رد استدلالهم - بالآية بما رد به استدلال أصحاب القول الأول من أن الآية كما تحتمل أن يكون الكف الذى ورد فيها بعد القتال فانها تحتمل أن يكون بالصلح - والدليل اذا احتمل لايصلح للأستدلال .

وبأن الآية نزلت فى صلح الحديبية ولم تنزل فى فتح مكة فليست فى محل النزاع أصلا .

(ب) ورد استدلالهم بالسنة بما يأتى :

(أ) أنه على فرض أن الرسول عليه السلام قد أعطى أهل مكة أمانا عاما كما جاء عن أبى سفيان أرأيتك ان اعتزلت قريش وكفت يدها آمنون هم ؟ قال نعم الخ .. فان ذلك كان منهم على سبيل الخدعة والمداورة فى الحرب . بدليل أن قريشا قد استدارت من الناحية الاخرى وقامت بتوبيش أوباشها فهى لم تلتزم به ولم تكن صادقة فيه وهذا مافطن اليه الرسول عليه السلام قبل أن يفوت أوانه وأحبطه (١) .

(ب) ويرد قولهم ان الرسول صالحهم بمر الظهران بأن السنة الثابتة لم تنقل الا وقوع الأمان المذكور . يقول الشوكانى . نقلا عن الحافظ فان كان مراده بالصلح وقوع عقده فهذا لم ينقل ولا أظنه عنى الا الأحتمال الاول أعنى قوله من دخل دار أبى سفيان فهو آمن الخ فهذا لايسمى صلحا - الا اذا التزم به من أشير اليه بذلك الكف عن القتال . والذى ورد فى الاحاديث الصحيحة أنهم لم يلتزموا ذلك لانهم استعدوا للحرب كما تقدم (٢) .

(جـ) وأما عن مقالة سعد - اليوم يوم الملحمة وعزل الرسول اياه فان ذلك لايدل على أنها فتحت صلحا . بل يدل على أن هذا القائد ربما أقام حساباته فى المعركة على أساس أن يكون للثار المقام الاول حتى ولو كانت الغاية المرجوة تتحقق بأقل قدر من الخسائر فليس الهدف فى هذا اليوم أن يجندل سبعون من أهل

....

(١) انظر نيل الاوطار جـ ٨ ص ٢٠ (٢) المرجع السابق

مكة مقابل السبعين الذين جندلوا فى أحد مهما كانت الظروف؟ لا . بل كل المطلوب أن يكون هذا اليوم يوم المرحمة فيدخل المسلمون البيت الحرام ويدخل الاسلام من رغب فى الدخول فيه ويوم تعظم فيه الكعبة بتطهير ساحتها من الأصنام والأوثان .

المختـــار :

وبعد استعراض الأدلة - ومناقشه ماورد عليه المناقشه يتضح لنا أن أولاها بالقبول - هو القول الأول - لقوة دليله وصراحته كما فى قوله صلى الله عليه وسلم (ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وأنها أحلت للرسول ساعة من نهار ولان الرسول عليه السلام حين أحكم قبضته على أهلها وأخذت منهم الظنون كل مأخذ وذهبت بهم التأويلات كل صوب . غمرهم الرسول بما لم يكونوا يتوقعونه حيث قال لهم اذهبوا فأنتم الطلقاء . ومعنى هذا أنه كان يمكن للرسول عليه السلام أن ينفذ فيهم خصلة أخرى غير المن والعفو ولا يكون ذلك الا اذا كان الفتح عنوة .

ثانيا : نوع الملكية التى طبقت على مكة بعد فتحها :

بعد أن تبينا أن مكة فتحت عنوة على القول الراجح كما سبق بيانه نريد أن نبين نوع الملكية التى طبقت على مكة ودورها ورباعها هل هو الملكية الخاصة أم الملكية العامة ؟

وقد اختلف الفقهاء فى هذا على مذهبين

(١) المذهب الاول : يرى أن الملكية التى طبقت عليها هى الملكية العامة فهى موقوفه بايقاف الله لها - واليه ذهب الجمهور .

(٢) المذهب الثانى : يرى أن الملكيه التى طبقت عليها هى الملكية الخاصة واليه ذهب جمهور الشافعية (١) . فمن قال ان الذى طبق عليها هو الملكية العامة قال ليس لاحد أن يبيع أو يشترى أو يتصرف فيها أى تصرف من التصرفات المخولة للمالك على ملكه وعلى الثانى فلهم ذلك فهم ملاك وللمالك على ملكه كافة الحقوق

....

(١) مغنى المحتاج جـ٤ ص ٢٣٥

الأدلـــة :

أولاً : أدلة أصحاب المذهب الأول ـ القائلين بالملكية التى طبقت على مكة هى الملكية العامة . استدلوا بما يلى :

(١) من الكتـاب :

قال تعالى (ان الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم[١])

ووجه الدلالة من الآية الكريمة ـ أن الله تعالى جعل الناس جميعا متساوون فى الانتفاع بالحرم لافرق بين المقيمين فيه أو الوافدين اليه ذلك لأنها دار النسك ومتعبد الخلق وحرم الرب تعالى فهى وقف من الله تعالى على العالمين وهم فيه سواء[٢] .

وليس المراد من قوله تعالى المسجد الحرام خصوص المسجد كما قد يتبادر بل المراد الحرم كله بما فيه أمكنة اقامة الشعائر كالصفا والمروة فهو على غرار قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فان المراد الحرم كله وقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام فليس المراد به حضور نفس موضع الصلاة بالاتفاق[٣] .

ثانيـا : من السنـة :

(أ) ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت قلت يارسول الله الاتبنى لك بيتا أو بناء يظلك من الشمس ؟ تعنى بمكة . فقال لا انما هى مناخ من سبق[٤] . وفى رواية أخرى منى مناخ لمن سبق .

ووجه الدلالة من الحديث . أن الرسول قد رفض أن يبنى له بناء فى مكة أو فى منى يكون خاصا به لانها وقفت على المسلمين جميعا فلا يجوز لأحد ان يتملك منها شيئا بأى سبب من أسباب التملك فدل هذا على أن الملكيه المطبقة على مكة هى الملكيـة العامة .

....

(١) الآيه ٢٥ من سورة الحج
(٢) زاد المعاد جـ٢ ص ١٧٤
(٣) زاد المعاد جـ٢ ص ١٧٤
(٤) الاموال لابى عبيد ص ٩٢ ـ ٩٣

(ب) ماروى عن مجاهد قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مكة حرام حرمها الله لايحل بيع رباعها ـ ولا أجور بيوتها[1] .

والوجه منه أن الله حرم البيع والأجارة لبيوتها وهذه التصرفات هى أثر الملك وحيث حرمها الله كانت غير مملوكة ملكية عامة .

ثانيا : أدلة القائلين بأن الملكية التى طبقت على مكة هى الملكية الخاصة :

وهم جمهور الشافعية استدلوا بما يلى :

(١) قال تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم وقال تعالى (والذين هاجروا وأخرجوا من ديارهم وقال لاينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم) .

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله تعالى قد أضاف الدور اليهم وهذه الأضافة تقتضى الملك وهذه الأضافة كانت موجودة قبل الهجرة ـ وقد بقيت بعدها وبعد الفتح فلم يغير الرسول شيئا بل أقرها على ما كانت عليه فدل ذلك على أن الملكية التى طبقت على دور مكة ورباعها هى الملكية الخاصة ولهم بمقتضى هذه الملكية البيع والهبة وغيرها .

(ب) من السنة واستدلوا على ماذهبوا اليه من السنة بما يلى :

(١) ماروى أن أسامة بن زيد قال يارسول الله أتنزل غدا بدارك بمكة ؟ فقال لهم ـ وهل ترك لنا عقيل من باع أودور[2] ؟ ـ والوجه منه أن الرسول عليه السلام لم يقل انه لا دار لى ـ ولكنه أقرهم على الاضافة التى تدل على الملك ـ وأخبرهم بأن عقيلا أستولى عليها ولم يشأ الرسول أن ينزعها منه لانه كان يريد بث الطمأنينه فى النفوس ويذهب الروع من القلوب فابتعد عن أى مظهر يوحى بذلك من قريب أو بعيد .

(٢) ان اضافه الدور الى أصحابها أكثر من أن تحصى من غير أن ينكر منكر على هذه الاضافه فقد قال جمع من العلماء انه قد أسرى برسول الله صلى الله عليه والسلام من دار أم هانى وكانوا يقولون دار خديجه دار الأرقم بن أبى الأرقم

....

(١) الاموال لأبى عبيد ص ٩٣ (٢) انظر زاد المعاد جـ٢ ص ٦٨، ١٧٥

وغير ذلك كثير والأصل أن الأضافة تقتضى الملك وليس هناك مايقتضى حمل الاضافة على غيره .

(٣) ثبت أن صفوان بن أمية باع دارا لعمر بن الخطاب رضى الله عنه بأربعة الاف واتخذها سجنا (١) - كما اشترى عمر ماكان من دور حول المسجد وأدخله فيه حين ضاق بالناس (٢) . فهذا يدل دلالة صريحة على أن ما طبق عليها هو الملكية الخاصة .

الأختيار:

وبالنظر فى أدلة الفريقين نجد أن كلا منها ثابت لامطعن فيه يرد دلالتها على المراد . ومن هنا كان لابد من الجمع بين هذه الأدلة بما يحقق اعمالها جميعها وهذا ممكن .

فان الذى طبق على ذات الأرض ورقبتها هو الملكية العامة فهى التى لايجوز بيعها ولا التصرف فيها .

وأن الذى طبق على الأبنية القائمة على الارض فهى التى تقع عليها التصرفات من بيع أو شراء بمعنى أنه لوزال البناء فليس له أن يبيع الارض أو العرصة التى يقام عليها البناء .

ولكن من حقه أن يصير البناء من جديد .

فلهم كل تصرف - ما عدا الأجارة فانها غير جائزة للنهى عنها يقول عليه السلام فيما روى عن عبدالله بن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة بيوت مكة وعن بيع رباعها .

وفيما رواه مجاهد قال - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مكة حرام حرمها الله لايحل بيع رباعها - ولا أجور بيوتها (٣) - فليس له اذن أن يعارض على منفعة السكن بعقد الأجارة - بل له فيها حق التقدم على غيره ويختص بها لسبقه واحتياجه فاذا استغنى عن السكن فيها لم يكن أن يؤجرها كالجلوس فى الرحاب والطرقات الواسعه والانتفاع بالاشياء المشتركة مثل الكلأ والماء والنار .

....

(١) زاد المعاد جـ٢ ص ١٧٥ - وانظر مغنى المحتاج جـ٤ ص ٢٣٥ ط الحلبى
(٢) انظر فتوح البلدان للبلاذرى ص ٥٣
(٣) الاموال لأبى عبيد ص ٩٣

وقد أثار ابن القيم اعتراضا وجيها وأجاب عليه قال - فان قيل قد منعتم الاجارة وجوزتم البيع فهل لهذا نظير فى الشريعة ؟ والمعهود فى الشريعة أن الاجارة أوسع بابا من البيع فقد يمتنع البيع - وتجوز الاجارة كالوقف والحر فأما العكس فلا عهد لنا به ؟ قيل . كل واحد من البيع والاجارة عقد مستقل غير مستلزم للآخر فى جوازه أو امتناعه ومورد هما مختلف وأحكامهما مختلفه .

وانما جاز البيع لأنه وارد على المحل الذى كان البائع أخص به من غيره - وهو البناء .

أما الاجارة فانما ترد على المنفعة وهى مشتركه وللسابق اليها حق التقديم دون المعاوضه فلهذا أجزنا البيع دون الاجارة فان أبيتم الا النظير قيل .

هذا المكاتب يجوز لسيده بيعه ويصير مكاتبا عند مشتريه ولاتجوز له اجارته اذ فيها ابطال منافعه وأكسابه التى ملكها بعقد الكتابه والله أعلم .

فلا يمتنع البيع - وان كانت منافع أرضها ورباعها مشتركة بين المسلمين اذ أنها تكون عند المشترى كذلك مشتركة المنفعة ان احتاج سكن وان استغنى أسكن كما كانت عند البائع فليس فى بيعها ابطال اشتراك المسلمين فى هذه المنفعة كما أنه ليس فى بيع المكاتب ابطال ملكه لمنافعه التى ملكها بعقد الكتابه .(1)

---

(1) زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن قيم الجوزيه جـ٢ ص١٧٥ - ١٧٦

المطلب الرابع

مسلك عمر رضى الله عنه فى الأرض التى افتتحها

أولا : سواد العراق :

تسمى العرب الارض المفعمة بالخضرة سوادا جاء فى المصباح - والعرب تسمى الأخضر أسود لأنه يرى كذلك على بعد ومنه سواد العراق لخضرة أشجاره وزروعه (1) .

ويقول الفضل بن العباس بن عتبه بن أبى لهب وكان أسود اللون .

وأنا الأخضر من يعرفنى .·. أخضر الجلدة من نسل العرب

وسواد العراق حين تاخم جزيرة العرب التى لازرع فيها ولا شجر كانوا اذا خرجوا من أرضهم اليه ظهرت لهم خضرة الزرع والأشجار كذلك .

وقد اتفق العلماء على أن سواد العراق قد فتح عنوة وقهرا - ماعدا بعض الجهات التى بذل أصحابها بعض المساعدة للمسلمين وهم أهل الحيرة - وأهل عين التمر - وأهل الليس - وبانقيا - فأما أهل الليس وبانقيا فانهم دلوا أبا عبيده وجرير بن عبدالله على مخاضة حتى تمكنوا من عبور النهر الى الفرس وكان لمن عدا هؤلاء من المواقف ما اقتضى بذل الصلح لهم (٢) .

ولقد اضطر المسلمون الى فتحه عنوة بعد أن أرسلت اليهم الرسل محاولين معهم أن يختاروا بين ثلاث اما الأسلام أو الجزية أو القتال ولكنهم اغتروا بكثرتهم وسخروا من هذه العروض واستكبروا أن يصدر مثل هذا العرض من هؤلاء العجاف أصحاب الاردية الغليظه رعاة الشاة فحين بعث سعد بن أبى وقاص وفدا من كبار مستشاريه وقواده من أمثال النعمان بن مقرن وفرات بن حيان والأشعث بن قيس والمغيرة بن شعبة وغيرهم ودخل الوفد على يزد جرد قال لهم فى سخرية واستعلاء مالذى أقدمكم هذه البلاد ؟ أتراكم اجترأتم علينا لما تشاغلنا بأنفسنا ؟ فأجاب النعمان بن مقرن وذكر له بعث رسول الله فى العرب وما جاء من عند الله

....

(1) المصباح المنير جـ٢ باب السين والواو ومايلثهى ص١٥٦

(٢) الاموال لأبى عبيد ص١١٦ - ١١٧ - والخراج ليحى بن آدم ص٤٩ بند ١٣٩ - والخراج لأبى يوسف ص٢٨ ط سلفيه - والليس بضم الهمزة وتشديد اللام المفتوحة ولمكان اللياء اسم للموضع الذى كانت فيه الوقعه بين المسلمين والفرس فى أول العراق من ناحية الباديه وهى قرية الأنبار والمخاضة موضع من النهر يكون الماء فيه ضحلا فيسهل عبوره .

ودعاه الى الاسلام ق ثم قال لـه فان أبيتم فالجزية فان أبيتم فالمناجزة وختم كلامه بقوله فان احببتم ديننا خلفنا فيكم كتاب الله واقمناكم عليه على أن تحكموا بأحكامه ونرجع عنكم وشأنكم وبلادكم وان ايتم الجزية قبلنا ومنعناكم والاقاتلناكم — وكتم يزدجرد غيظه وقال أنى لا أعلم أمة فى الارض كانت أشقى ولا أقل عددا ولا أسوأ ذات بين منكم — وقد كنا نوكل بكم قرى الضواحى ليكفوناكم لاتغزوكم فارس ولا يطمعون أن تقدموا اليهم فان كان عددكم كثر فلا يغرنكم كثرته وان كان الجهد دعاكم فرضنا لكم قوتا الى خصبكم وكرمنا وجوهكم وكسوناكم وملكنا عليكم ملكا يرفق بكم —ولم يستسغ المغيره بن شعبه هذه النغمة المتألهة فقام وقال — أيها الملك هؤلاء رؤس العرب ووجوهم وهم أشراف يستحيون من الاشراف وانما يكرم الاشراف ويعظم حقهم الاشراف وليس كل ما أرسلوا بـه قالوه ولاكل ما تكلمت بـه أجابوك عنه — فحاورنى لاكون الذى أبلغك وهم يشهدون على ذلك لى .

فاما ماذكرت من سوء الحال فهى على ماوصفت وأشد وذكر له ضيق عيش العرب وارسال الله رسوله اليهم على نحو ما قال النعمان بن مقرن ثم قال لـه اختر ان شئت الجزية وان شئت السيف أو تسلم فتنجي نفسك فخرج يزدجرد عن حلمه المصطنع وأخذ الغضب عليه جوانب نفسه ثم قال لولا أن الرسل لاتقتل لقتلتكم لا شئ لكم عندى ثم أمر من جاء بوقر من تراب وقال احملوه على أشرف هؤلاء ثم سوقوه حتى يخرج من باب المدائن: ارجعوا الى صاحبكم فأعلموه أنى مرسل لكم رستم حتى يدفنه ويدفنكم معه فى خندق القادسية ثم أورده بلادكم حتى أشغلكم بأنفسكم بأشد مما نالكم من سابور — لم يغضب الوفد بل قام عاصم بن عمرو فحمل التراب على عاتقة وهو يقول أنا أشرفهم أنا سيد هؤلاء وحين وصل الوفد الى القادسية ودخل على سعد . قال لهم أبشروا فقد والله أعطانا الله مقاليد ملكهم (1) .

ولقد قصدت من ذكر هذا الحوار أن يتأكد القارئ أن الجيش الاسلامى لم يكن يخرج الى أى بلد من البلاد التى خرج اليها من أجل الحصول على مغنم أو حبا فى الاستيلاء على الارض تجبرا واستعلاء بل كانت تحركاتهم يحكمها نيل الغاية

....

(1) الفاروق عمر للدكتور محمد حسين هيكل جـ١ ص ١٥٩ — ١٦٠

وشوف . . المقصد من رفع الظلم عن المظلومين وتمهيد السبيل أمام النور كى يعم ضوءه جوانب الارض ، ـ وصدق الله العظيم حيث يقول ـ الذين ان مكناهم فى الأرض ، أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور .

نوع الملكية التى طبقت على سواد العراق

ولقد اختلف الفقهاء فى نوع الملكية التى طبقت على سواد العراق شأنهم عند كل أرض ، افتتحها المسلمون ولقد اتسم خلافهم فى سواد العراق على وجه الخصوص بالحدة وكثرة النقاش ربما لأنه أول أرض ، يفتح على المسلمين بعد الرسول عليه السلام وكانت كثيرة الخير واسعة . ولم يخرج خلافهم عن اتجاهين رئيسيين :

الاتجاه الأول : يرى أن نوع الملكية التى طبقت هى الملكية العامه من أول الأمر . أى أنها موقوفة بمجرد الاستيلاء عليها .

ويمثل هذا الاتجاه المالكيه ورواية لدى الحنابلة وأبو سعيد الأصطخرى ومعه جماعة من أصحاب الشافعية .(١)

الاتجاه الثانى : يرى أن الملكية التى طبقت على سواد العراق هى الملكية الخاصة من أول الامر وهؤلاء انقسموا الى فريقين فريق يرى أن عمر رضى الله تركه فى أيدى أصحابه ملكا لهم مقابل خراج يدفعونه ثمنا لهذه الارض ويمثل هذا الفريق الحنفية ـ لان اقرار أصحاب الارض عليها بخراج يدفع ثمنا أحد خصلتين للأمام أن يأخذ بأحداهما والخصله الثانية هى القسمة بين المسلمين .

وفريق آخر يرى أن الذى طبق على سواد العراق هو الملكية الخاصة أول الامر . وأن عمر وزعه على المسلمين ملكا . ثم رأى أن يجعله ملكية عامة فاستنزلهم عمر رضى الله عنه فنزلوا بلا مقابل الا طائفة استطاب نفوسهم بمال أعطاهم اياه مقابل حقوقهم فيه فلما خلص للمسلمين صار مملوكا ملكا عاما ـ للجماعة الاسلامية ووضع عليه الخراج وأجرة له وهذا ظاهر مذهب الشافعية .(٢) وذهب جماعة منهم أبو العباس بن سريج فى نفر من الشافعية الى أن عمر حين استنزل الغانمين

. . . .

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ١٨٩ ، الاحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص١٤٧ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٤ ط حلبى .

(٢) الاحكام السلطانية للماوردى ص١٧٤ ، ومغنى المحتاج جـ٤ ص٣٦١ ومابعدها .

عن السواد باعه على الاكرة — والدهاقين بالمال الذى وضعه عليها خراجا يؤدونه فى كل عام فكان الخراج ثمنا[1] .

الادلـــة :

ولكل من هذه الآراء أدلته — نوردها على الوجه التالى :

أولا : الاتجاه الاول القائل بأن نوع الملكية المطبقة على سواد العراق الملكية العامة ابتداء — استدلوا بما يلى :

(١) بقوله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لايكون دولة بين الاغنياء منكم وماآتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب للفقراء المهاجرين الذين من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولايجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولوكان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفرلنا ولأخواننا الذين سبقونا بالايمان ولاتجعل فى قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا انك رؤف رحيم[2]) .

ووجه الدلالة من هذه الآيات — أن الله عز وجل قدم المسلمين بالاشتراك فى هذا الفيء حيث بدأ بالاصناف الأكثر حاجة والأولى اعطاء ثم ثنى بالمهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم ثم ثلث بالذين تبوؤا الدار والأيمان وأحبوا من هاجر اليهم وآثروا على أنفسهم وهم الانصار ثم ختم بمن يأتى من بعد هؤلاء بشرط أن يكونوا حافظين للامانة التى آلت اليهم مقرين للفضل لمن سبقهم فهم يدعون لهم دائما بالمغفرة .

وهذا المسلك فى فهم النص الكريم هو الذى سار عليه الخليفة الثانى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ذلك أنه حينما فتح الله عليه الفتح سواد العراق

. . . .

(١) الاحكام السلطانية المرجع السابق (٢) الآيات ٨ — ١٠ من سورة الحشر

وغيره كان من رأيه أن تقسم المنقولات وأن تبقى الارض مادة للمسلمين ومع أنه مقتنع برأيه الا أنه لم يكن ليقطع برأيه في هذه المسألة الخطيره دون أن يعرض الأمر على مختلف المستويات ويأخذ فيه بالمشورة فجمع كبار مستشاريه من المهاجرين مثل عبدالرحمن بن عوف - وبلال بن رباح - وعثمان بن عفان - وطلحة - وأبو ذر وغيرهم وحين عرض عليهم الأمر اختلفوا الى فريقين :

فريق يرى القسمة للأرض ، وعلى رأس هذا الفريق عبدالرحمن بن عوف وبلال ابن رباح وكان مما قالوه كيف تقف ما أفاء الله علينا بأسيافنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ولأبناء القوم وأبنائهم ولم يحضروا ؟ وكان رد سيدنا عمر - فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجد الارض بعلوجها قد قسمت وورثت عن الآباء وحيزت ما هذا برأى - ولست والله أرى ذلك والله لايفتح بعدى بلد فيكون فيه كبير نيل بل عسى أن يكون كلا على المسلمين - فاذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور ؟ وما يكون للذريه والأرامل ؟ بهذا البلد وغيره من أرض الشام والعراق .

ولقد أيدت وجهة نظرة هذه الفريق الاخر وعلى رأسه عثمان بن عفان وعلى ابن أبى طالب وطلحة وكان بما قاله معاذ ليكونن ما تكره انك ان قسمتها صار الريع العظيم فى أيدى القوم ثم يبيدون فيصير ذلك الى الرجل الواحد والمرأة الواحده ثم يأتى من بعدهم قوم يسدون من الاسلام مسدا وهم لايجدون فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم (١) .

ولم يكتف الخليفة الثانى باستشارة المهاجرين وحدهم خصوصا وقد انقسموا مابين مؤيد و معارض ، فجمع عشرة من الانصار خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج من الكبار والسادة فيهم .

فلما اجتمعوا حمدالله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال انى لم أزعجكم الا لاتشركونى فى أمانتى فيما حملت من أموركم فانى كأحد كم وأنتم تقرون بالحق خالفنى

....

(١) انظر الخراج لأبى يوسف ص ٢٥ - ٢٦ ط سلفيه - الأموال لأبى عبيد ص ٧٣ - ٨٤ - الاستخراج لابن رجب ص ١٩ القرطبى ط دار الشعب ص ٦٤٩١ ط دار الشعب .

من خالفنى ووافقنى من وافقنى ولست أريد أن تتبعوا هذا الذى هواى معكم من الله كتاب ينطق بالحق فوالله لئن كنت نطقت بأمر ما أريد بـه الا الحق قالوا قل نسمع قل يا أمير المؤمنين قال ـ قد سمعتم هؤلاء الذين زعموا أنى أظلمهم حقوقهم وانى أعوذ بالله أن أرتكب ظلما ـ لئن كنت ظلمتهم شيئا هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت .

ولكن رأيت أنه لم يبق شئ يفتح بعد أرض كسرى ـ وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوجهم فقسمت ما غنموا من أموال بين أهله وأخرجت الخمس فوجهته على وجهة وأنا الآن فى توجيهه ـ وقد رأيت أن أحبس الارضين بعلوجها ـ وأضع عليهم الخراج فيها ـ وفى رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئا للمسلمين المقاتله والذريه ولمن يأتى من بعدهم أرأيتم هذه الثغور لابدلها من رجال يلزمونها أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والكوفة والبصرة ومصر لابدلها من أن تشحن بالجيوش وادرار العطاء عليهم فمن أين يعطى هؤلاء اذا قسمت الارض والعلوج ؟

فقالوا جميعا ـ الرأى رأيك فنعم ما قلت وما رأيت ان لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجرى عليهم ما يتقوون بـه رجع أهل الكفر الى مدنهم فقال قد بان لى الأمـــر (١) .

وبالرغم من هذا التأييد الساحق الا أن الخليفة لم يطب نفسا للمخالفة التى أبداها فريق من المهاجرين وبات مهموما بالأمر مفكرا فيـه يطلب من الله أن يكفيه بلالا وأصحابه ويستلهم كتاب اللـه الحجة ويبحث وراء ألفاظه عن سند ـ وحين هداه الله للفهم الذى سبق لآيات الحشر أعلن للناس أنـه قد وجد الحجة فى كتاب الله تعالى قال تعالى (وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليـه من خيل ولا ركاب الخ ـ حتى فرغ من شأن بنى النضير • ثم قال ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم ـ وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنـه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب فهذه عامة فى القرى كلهـا .

(١) الخراج لابى يوسف ص٢٥ ـ ٢٦ ط سلفيه

ثم قال للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال - والذين تبؤوا الدار والأيمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولايجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولوكان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون فهذا فيما بلغنا والله أعلم للانصار.

ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال - والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفرلنا ولاخواننا الذين سبقونابالايمان ولاتجعل فى قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا انك رؤف رحيم - فكيف نقسم لهؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغير قسم فأجمع على تركه وجمع خراجه .

ولقد عقب الامام أبو يوسف على هذا المفهم المستنير بقوله - والذى رأى عمر من الامتناع عن قسمة الارضين من فتحها عندما عرفه الله ما كان فى كتابه من بيان ذلك . توفيقا من الله له فيما صنع وفيه كانت الخبرة لجميع المسلمين وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم لان هذا لولم يكن موقوفا على الناس فى الاعطيات والأرزاق لم تشحن الثغور ولم تقو الجيوش على السير فى الجهاد ولما أمن رجوع أهل الكفر الى مدنهم اذا خلت من المقاتله والمرتزقه والله أعلم بالخير حيث كان .(١)

وقد أثار القائلون بوجوب القسمة اعتراضا على جعل قوله تعالى (والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفرلنا الخ) معطوفا على ماسبقة وقالوا - ان العطف غير متعين بل يحتمل أن يكون مستأنفا .

<u>والجواب :</u> أن الأستئناف هنا لايصح لأنه يكون حينئذ خبرا عن كل من جاء بعد الصحابة أنهم يستغفرون لأخوانهم - وللسابقين عليهم وهذا مخالف للواقع فان أكثر الرافضة وغيرهم سبوا الصحابة ولم يستغفروا لهم فلو جعل الكلام خبرا لزم الخلف فى خبره تعالى - وهذا باطل فى حقه تعالى لان أخباره تعالى صادقة مطابقة للواقع. ولذا لزم القول بالعطف - ويكون قوله تعالى - (ربنا اغفرلنا ولأخواننا الذين سبقونا بالايمان) جملة حاليه كالشرط للأستحقاق كأنه تعالى قال

....

(١) الخراج لأبى يوسف ص ٢٧ ط سلفيه

يستحقون فى حالة الاستغفار وبشروطه[1] . ولذا يقول الامام مالك ليس لمن سب السلف فى الفيء شيء لهذه الآيه .

ثانيا : استدلالهم بالسنة وقد استدلوا من السنة بما يلى :

(١) بما رواه أبو هريرة – قال – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم منعت العراق قفيزها ودرهمها ومنعت الشام مديها ودينارها . ومنعت مصر اردبها ودينارها – وعدتم من حيث بدأتم وعدتم من حيث بدأتم شهد على ذلك لحم أبى هريرة ودمه رواه مسلم وأبو داود[2] . يقول الطحاوى منعت بمعنى ستمنع – ويقول الشوكانى وهذا الحديث من أعلام النبوة لاخباره بما يكون من ملك هذه الأقاليم ووضعهم الجزية والخراج ثم بطلان ذلك – اما بتغلبهم – وهو أصح التأويلين وفى البخارى مايدل عليه ولفظ المنع فى الحديث يرشد الى ذلك – واما باسلامهم[3] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول عليه السلام قد بين أن التعامل على هذه الارض سوف يكون بوضع الخراج عليها وهذا يقتضى عدم قسمتها بين القائمين لان مايملكه القائمون لايكون عليه قفيز ولا درهم فدل ذلك على أن الارض التى تؤول للمسلمين على هذا النحو لاتقسم .

ثانيا : أدلة الفريق القائل بأن عمر تركه لأصحابه ملكا – والخراج ثمن له استدلوا على مدعاهم بقياس فتح العراق على فتح مكة – بجامع أن كلا منهما قد فتح عنوة – وقد ترك الرسول مكة فلم يجعلها فيئا – ولم يقسمها على القائمين فكذلك فعل عمر فى السواد حيث تركه لأهله .

وقالوا – وللأمام أن يقسمه على المسلمين – بالقياس على خيبر – فان بعضها قسم وبعضها لم يقسم . وقد مر بنا فى صفة فتح خيبر نوع الملكية التى طبقت عليها وأثبتنا أن الارض كانت ملكا عاما والقسمة كانت للغلة .

....

(١) راجع القرطبى ص٦٥١٠ ، ٦٥١١ ط دار الشعب – تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ٤ ص٣٣٩ والرافضه هم الذين يرفضون امامة الشيخين أبى بكر وعمر وهم متأخرو الزيديه وبقية الشيعة .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ٨ ص١٣ والخراج ليحى بن آدم ص ٦٧ بند ٢٣٧

(٣) المرجع السابق .

ويرد قياسهم سواد العراق على مكه بأن عمر رضى الله عنه قد أنكر بيع أرض السواد وعلل هذا بأن رقبة الارض مملوكة لجماعة المسلمين .

فقد روى الشعبى قال اشترى من عتبة بن فرقد أرضا على شاطىء الفرات فذكر ذلك لعمر رضى الله عنه فقال ممن اشتريتها ؟ قال من أربابها فلما اجتمع المهاجرون والانصار عند عمر قال له هؤلاء أهلها فهل اشتريت منهم ؟ قال لا — قال فارددها على من اشتريتها منه وخذ مالك (١) .

وكذلك فان قياس أرض العراق على مكه قياس مع الفارق فان مكة متعبد الخلق ودار النسك وحرم الرب سبحانه وتعالى (لها من الاحكام ما يجعلها ليست كيفية البلاد (٢) .

ويرد قياسهم سواد العراق على خيبر بأنه قياس مع الفارق كذلك فعلى التسليم بقسمه بعضها وهو مالم نرتضه وأقمنا الدليل على خلافة لان خيبر كانت طعمة من الله لاهل الحديبية من شهد منهم ومن غاب يقول ابن رجب واعترض القاضى اسماعيل على من استدل بقسمه خيبر على قمسة أرض الفيء بأن قسمة خيبر لا يجوز القياس عليها لانها قسمت على أهل الحديبية من غاب منهم ومن حضر (٣) .

وهذا لان الله وعدهم بها ليزيل عنهم ما علق بنفوسهم من أثر ماظنوه مجحفا بهم فى بنود صلح الحديبية — فأراد الله أن يسرى عنهم ويدخل السرور على قلوبهم فقال وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه يعنى غنائم خيبر فلا يكون غيرها مثلها فى الحكم لهذه الخصوصيه .

ثالثا : استدل القائلون بأن الذى طبق على سواد العراق هو الملكية الخاصة . أولا ثم استنزل عمر القائمين عنها واستطاب نفوس من لم ينزل — الا بذلك استدلوا بما يلى من الكتاب — والسنة —

أما الكتاب :

فقوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل الخ ..

. . . .

(١) انظر الاموال لابى عبيد ص ١١ والاستخراج لابن رجب ص ١٥ والخراج ليحى بن آدم ص ٥٤ بند ١٦٨ (٢) انظر زاد المعاد جـ٢ ص ١٧٤ والاموال ص ٩٢

(٣) الاستخراج لاحكام الخراج ص ٢٦

ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى قد بين أن كل مغنوم تجب قسمته سواء أكان منقولا أم عقارا - فعموم الآية شامل للأرض، وغيرها - ولا يجوز أن يدعى الخصوص فى الارض - لانه اذا جاز ادعاء الخصوص فى الارض، جاز ادعاؤه فى غيرها فيبطل حكم الآيه (١) .

يؤيد شمول الآية للأرض، وغيرها - أن الله تعالى قد سوى بين كل من الارض وسائر الأموال فى قوله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم واذ قد سوى الله بينهما فلا تجوز التفرقة بينهما من غير دليل (٢))

ويرد استدلالهم بالآية بما يلى -

أولا : يقال لهم ان استدلالكم بالآية مبنى على القول بعموم الآية وامتناع تخصيصها وهذا ممنوع اذ الاجماع قائم على أن سلب المقتول لقاتله اذا نادى به الامام - وكذلك يخرج منها الاسارى فان الخيار فيهم للامام بلا خلاف (٣) . فاذا جاز تخصيصها بما سبق . جاز تخصيصها بالارض - يقول القرطبى - ومما خص به أيضا الارض، - والمعنى ما غنمتم من ذهب، وفضة وسائر الامتعة والسبى فأما الارض، فغير داخلة فى عموم هذه الآية (٤) .

ثانيا : سلمنا أن الآية عامة لم يدخلها التخصيص، وأنها شاملة للأرض، فانها لاتدل الا على مايجب اتباعه بصدد الخمس فقط - وليس فيها مايوجب قسمة الاربعة الأخماس الباقية على الغانمين - وان استلزمت بطريق المفهوم أنها لهم - فليس فيها بيان لنوع الملكية الواجب تطبيقها على هذه الاخماس الاربعة - بل ان دلالتها على بقائها ملكية عامة أقرب من دلالتها على التقسيم وليس هناك تلازم بين التخميس والتقسيم فلاوجه للتمسك بهما (٥) .

ثانيا : واستدلوا من السنة بما يلى :

(أ) بما روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . أيما قرية أتيتموها فأقمتم فيها - فسهمكم فيها - وأيما قرية عصت الله ورسوله فان خمسها

....

(١) انظر الجامع لاحكام القرآن للقرطبى جـ ٨ ص ٥٤ طبعة دار الكتب المصرية سنة ١٩٣٩ ص ٢٨٤٣ ط دار الشعب (٢) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٣٤٤

(٣) الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ص ٢٨٤٣ ، ٢٨٤٤ ط دار الشعب .

(٤) المرجع السابق (٥) اقتصادنا محمد باقى الصدر ص ٤٠٤ - ٤٠٦

لله ورسوله ثم هى لكم رواه احمد ومسلم[١] .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول عليه السلام قد صرح بأن الارض المفتوحة تكون للقائمين يقول الخطابى - فيه دليل على أن أرض المنوة حكمها حكم سائر الأموال التى تغنم - وأن خمسها لاهل الخمس - وأربعة أخماسها للقائمين[٢] .

مناقشه هذا الحديث: وقد نوقش هذا الحديث على الوجه التالى :

(١) أن قوله عليه السلام أيما قرية أتيتموها فأقمتم فيها - يحتمل أن يراد بها القرية التى أقاموا فيها أى بعد احيائها - وهذا الاحتمال أقرب من حملها على القرية التى فتحت عنوة لانه فرق بين القرية التى أقاموا فيها . وبين التى عصت الله ورسوله فالمفتوحه عنوة هى الثانية - التى قال عنها - وأيما قريه عصت الله ورسوله .

ثم ان قوله عليه السلام وأيما قرية عصت الله ورسوله فان خمسها لله ورسوله ثم هى لكم - لايدل على أن أرض القرية ملك للقائمين لوجوه . الاول: أنه يجوز أن يكون المراد الاموال المنقوله من القرية - كما فى قوله تعالى - وكأين من قرية أهلكناها - وهى ظالمة وقوله تعالى - وضرب الله مثلا قرية كانت آمنة مطمئنة يأتيها رزقها رغدا من كل مكان وقوله واسأل القريه فان المراد من ذلك كله أهل القرية .

الثانى: أنه على فرض التسليم بأن المراد نفس الارض لا المنقول فان أقصى مايدل عليه الحديث - هو جواز القسمة للأرض بين القائمين - وانتفاء وجوبها مدلول عليه بأدلة أخرى - سلمنا أن الحديث يدل على الوجوب فهو حجة على أنها ليست ملكا للقائمين بخصوصهم لان قوله عليه السلام - ثم هى لكم - خطاب لعموم المسلمين وهذا يقتضى كونها فيئا . اذلو كانت مختصة بالقائمين بخصوصهم لقال ثم هى لمن قاتل عليها أولمن أخذها أونحو ذلك - فلما قال هى لكم كان هذا دليلا على أنها مستحقة أومملوكه للمسلمين كقوله عليه السلام (عادى الارض لله ولرسوله ثم هى لكم . فان هذا اباحة لعموم المسلمين أن يتملكوه[٣] .

....

(١) نيل الاوطار جـ٨ ص١١ (٢) نيل الاوطار جـ٨ ص ١٣ - ١٤
(٣) الاستخراج لابن رجب ص٣٠ - ٣١

ثم استدلوا على أن عمر قد استطاب نفوس بعض القائمين بما يلى :

(١) بما روى عن قيس بن حازم قال كانت بجيلة (١) ربع الناس يوم القادسية فجعل لهم عمر ربع السواد فأخذوه سنتين أو ثلاثا - قال فوفد عمار بن يسار الى عمر ومعه جرير بن عبد الله فقال عمر لجرير يا جرير لولا أنى قاسم مسئول لكنتم على ما جعل لكم - وأرى الناس قد كثروا فأرى أن ترده عليهم ففعل جرير ذلك فأجازه عمر ثمانين دينارا .

(٢) وعن قيس أيضا - قال - قالت امرأة من بجيلة يقال لها أم كرز لعمر يا أمير المؤمنين أن أبى هلك - وسهمه ثابت فى السواد وانى لم أسلم فقال لها يا أم كرز - ان قومك صنعوا ما قد علمت - قالت - ان كان صنعوا فانى لست أسلم حتى تحملنى على ناقة ذلول - عليها قطيفة حمراء - وتملأ كفى ذهبا - قال ففعل عمر ذلك فكانت الدنانير نحوا من ثمانين دينارا (٢) .

ووجه الدلالة من الخبرين أن عمر استطاب أنفس الذين لم ينزلوا عن سهمانهم بدون مقابل بدفعه لهم فدفع لجرير وأم كرز عوض نصيبهما - ولولا أنه قسم السواد وأعطى كل ذى حق حقه ما لزمه أن يعوض من لم يرد لكنه عوضهم فدل ذلك على أنه قسم السواد فى بداية الامر وطبق عليه الملكية الخاصة ثم بدا له - أن يجعله ملكية عامة فاستنزل واستطاب .

رد هذا الاستدلال : وقد رد هذا الاستدلال بمايلى :

أولا : أن ما عطى جريرا - قومه كان نفلا نفله اياه عمر رضى الله عنه قبل القتال وقبل خروجه للعراق فأمضى له عطاءه هو وقومه بعد القتال يؤيد ذلك ماروى عن عامر الشعبى قال - ان عمر كان أول من وجه جرير بن عبد الله الى الكوفة فقال هل لك فى الكوفة - وأنفلك الثلث بعد الخمس ؟ قال نعم فبعثه (٣) فكان هذا العطاء لجرير وقومه نفلا بناء على الوعد المتقدم قبل المعركه وذلك جائز للأمام أن يفعله ستنهاضا للهمم وشحذ للعزائم ولو لم يكن نفلا ما خص جريرا وقومه دون الناس

....

(١) تجسيلة قبيله مشهورة باليمن ينسب اليها جرير بن عبد الله النجلى رضى الله عنه .
(٢) الاموال لابى عبيد ص ٧٨ (٣) الاموال ص ٨٨

اذ أنه لم ينقل أنه أعطى مثل ذلك لغير التجليين وعلى ذلك فلا وجه فيه لمن قال انه قسمه على الغانمين ثم استرضى من لم ينتزل عن نصيبه .

وأين الاسترضاء فى هذا - ونحن نعلم أن عمر رضى الله عنه قد دعا على بلال وصحبه حين شددوا عليه فى طلب القسمه فقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه - فأى تطيب فى هذا ؟

ثانيا : حتى على فرض التسليم بأن عمر أعطاهم هذا تطيبا فان هذا لا يدل على وجوب القسمة - وهو مدعاكم - وانما يدل على الجواز فقط بدليل أنه لم يقسم لغيرهم .

ولم يستطب نفوس بقيتهم على أن بعض العلماء يرى أن عطاء التجليين كان من باب الاقطاع وأنه عوضهم لانه كان اقطاع تمليك ولم يكن اقطاع استغلال[1] .

المختار :

وبعد بيان آراء العلماء واتجاهاتهم ودليل كل رأى ومناقشة ماترد عليه منها مناقشة يتضح لنا رجحان المذهب الاول - وهو مذهب الامام مالك القائل بأنها كانت ملكية عامة من أول الامر - بعد أن استشار الصحابه فأشاروا عليه بذلك ماعدا بلالا وحزبه وبعد أن وجد الحجة فى كتاب الله تعالى بعد ذلك كتب لعماله بتنفيذ مااستقرت عليه الآراء وسانده الدليل - ولهذا المذهب أميل والله أعلم[2] .

....

(1) الاستخراج لاحكام الخراج ص ٢٨ - ٢٩

(٢) انظر الاموال لابى عبيد ص ٨٢ - ٨٣

المطلب الخامس

فتح الشام – ونوع الملكية التى طبقت عليه

يذكر بعض المؤرخين أن المسلمين أخذوا ما حول دمشق عنوة – أما المدينة نفسها فقد فتح بعضها عنوة – والبعض الآخر فتح صلحا . وذلك فى السنة الرابعة عشرة من الهجرة الا أنها أجريت صلحا كلها – وذلك لانها دخلت من ناحيتين – من ناحية الجابية (١) حيث كان لواء من الجيش تحت قيادة أبى عبيدة بن الجراح يرابط فيها وقد استطاع صاحب دمشق بعد مشاوات دارت بينه وبين أبى عبيدة عن طريق الرسول أن يعقد معه صلحا فتح بمقتضاه باب الجابية ودخلها أبو عبيدة بمن معه . فى هذا الوقت كان سيف الله خالد بن الوليد على رأس لواء آخر يلح بكل قوة على الباب الشرقى للمدينه حتى فتحه عنوة . ودخلها بقوة السلاح وبناء على ذلك طلب خالد من أبى عبيدة أن يقوم بسبيهم (٢) – وهنا نشب خلاف بين القائدين على الحكم الواجب التطبيق وبعد أخذ ورد استقر الرأى على أن يكتبوا كتابا الى الخليفه أبى بكر – ولما يصلوا خبر وفاته بعد – فكتب عمر رضى الله عنه لأبى عبيدة يقول له – قد وليتك على الشام – وجعلتك أمير المسلمين – وعزلت خالد ابن الوليد – والسلام – وجاء فى كتاب آخر – من عمر لأبى عبيدة أنه قال له – وأما اختصامكما – أنت وخالد فى الصلح أو فى القتال – فأنت الولى وصاحب الأمر وان صلحك جرى على الحقيقة – أنها للروم فسلم اليهم ذلك والسلام ورحمة الله عليك وعلى جميع المسلمين (٣) – ولم تكن مطالبة خالد لأبى عبيدة افتياتا على القائد أو محاولة منه ليفرض رأيه عليه – وانما طلب ذلك بناء على أنه كان الأمير من قبل الخليفة الاول أبى بكر رضى الله عنه حين وجهه على رأس مدد من العراق للجيوش المحاربة بالشام بقيادة أبى عبيدة – وكتب الى أبى عبيدة بعد أن طال حصارهم

. . . .

(١) الجابية بين بادية الشام – وأرض الاردن .

(٢) انظر التاريخ الكبير لابن عساكر جـ١ ص ١٤٨ – ١٤٩ ط مطبعة روضه الشام سنة ١٣٢٩ هـ – وابن عساكر هو الحافظ الكبير ثقة الدين أبو القاسم على بن الحسن بن هبة الله عبدالله بن الحسن بن عساكر الشافعى – وانظر الاموال ص ٢٥٧ (٣) التاريخ الكبير لابن عساكر ص ١٥ وما بعدها

لدمشق وصب عليهم فتحها ـ أما بعد ـ فانى وليت خالد بن الوليد قتال الروم بالشام فلا تخالفه واسمع له وأطع أمره[1] .

الا أنه فى أثناء الحصار والفتح توفى أبو بكر ـ وتولى عمر أمور الدولة الاسلامية وكان من رأيه عزل خالد واعادة الامارة لأبى عبيدة لما اشتهر عنه من الرفق والهوادة بخلاف خالد الذى عرفت عنه الصرامة وقوة البطش بالاعداء وهذا هو الذى دعا عمر رضى الله عنه ليعزله فقد قال ان فى سيف الله خالد لرهقا ـ أى شدة ـ وجاء فى كتابه أنى لم أعزل خالدا عن سخط ولا خيانة ولكن الناس فخموه وافتتنوا به فخفت أن يوكل اليه فأحببت أن يعلموا أن الله هو الصانع وألا يكونوا بعرض فتنه .

يتبين لنا مما تقدم أن أمر الصلح قد تم بناء على كتاب عمر الذى حسم به الموضوع وجعل الرأى لأبى عبيدة ـ الا أن أبا عبيدة لم يرد اتمام الصلح لعلة أخرى وهى أنه قد فتح بعضها عنوة وبعضها صلحا ـ فلما لم يعرف هذا من هذا أمضى كله على الصلح ـ فانه التقدم على الشبهة فهذا وان كان صحيحا الا أنه لا ينطبق على دمشق ـ لان كل واحد من القائدين قد فتح جهة محددة ويستطيع أن يجرى على كل أحكامه الخاصة به وما يكون بين الجهتين مما يشتبه أمره يمكن الحاقة بالصلح مخافة التقدم على الشبهة[2] .

ولكن لما كان الامر صريحا من عمر رضى الله عنه لابى عبيدة بتوليته ـ واجراء أمرها على الصلح . أصبح الوضع محددا واجب التنفيذ ـ لان للامام ذلك حين يكون مصلحة للمسلمين .

نوع الملكية التى طبقت على الشام

الخلاف الذى سبق بين أبى عبيدة وخالد بن الوليد كان بالنسبة لمدينة دمشق نفسها ـ وبامضائها عن الصلح جعلت ملكية خاصة لاصحابها واختص المسلمون منها ببعض المناطق ـ مثل الدور ـ الزائدة عن الحاجة أو التى نزح أصحابها عنها

....

(١) انظر الفاروق عمر للدكتور هيكل جـ ١ ص ١٣٧ ـ ١٤٢

(٢) تاريخ بن عساكر جـ ١ ص ١١٥ الاموال لابى عبيد ص ٢٥٦ والفاروق عمر جـ ١ فتح الشام

والاماكن الخالية مثل الأسواق وما شابه ذلك (١) .

وكذلك مدن الشام كلها كانت صلحا ـ أما ما عدا ذلك من الارض ، فقد أخذ عنوة وطبق عليه ما طبق على سواد العراق ـ يقول أبو عبيد . عن الصلح بيت المقدس افتتحه عمر بن الخطاب صلحا . وكذلك مدينه دمشق ـ وعلى هذا مدن الشام كانت كلها صلحا دون أ رضها على أيدى يزيد بن أبى سفيان وشرحبيل بن حسنه وأبى عبيده بن الجراح وخالد بن الوليد .

وكذلك قبط مصر صالحهم عمرو بن العاص ـ وكذلك بلاد خراسان يقال أنها أو أكثرها فتحت صلحا على يد عبد الله بن عامر بن كريز ـ وكان منتهى ذلك الى مرو الروذ (٢) وهذا فى زمن عثمان .

وقد كان النقاش الذى دار بين عمرو وبين أصحابه فى أمر الارض ، شاملا للأرض المفتوحه فى العراق والشام ومصر . فما طبق على سواد العراق طبق على الشام وعلى مصر .

نخلص من هذا الى أن الملكية التى طبقت على المدن هى الملكية الخاصة لاصحابها عليها كافة التصرفات المخولة للمالك على ملكه .

وأن الارض الزراعية والحدائق طبقت عليها الملكية العامة الرقية فيها للجماعة الاسلامية ولها بعد ذلك أن تقرها فى أيدى أصحابها نخراج يدفعونه أجرة أو تفعل بها ما تراه فى مصلحتها .

....

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) الاموال لابى عبيد ص ١٤٧ ـ ١٤٨ ومرو الروذ مدينه من مدن خراسان انتهى اليها الفتح فى زمن سيدنا عثمان .

المطلب السادس

فتح مصر — ونوع الملكية الذى طبق عليها

كان فتح مصر عام عشرين من الهجرة فتحها المسلمون بقيادة عمرو بن العاص فى خلافة عمر بن الخطاب ولقد اختلف الفقهاء فى هذا الفتح هل كان عنوة أو صلحا على رأيين :

(١) الرأى الاول : يقول انها فتحت عنوة (٢) الرأى الثانى : يقول انها فتحت صلحا وقد استدل كل رأى على ما ذهب اليه بأدلة بوردها فيما يلى :

أولا : أدلة الرأى الأول : القائل بأنها قد فتحت عنوة — استدل بما يلى :

(١) ماروى عن أبو بن العالية قال سمعت عمرو بن العاص يقول على المنبر لقد قعدت مقعدى هذا وما لاحد من قبط مصر على عهد ولا عقد ان شئت قتلت وان شئت بعت — وان شئت خمست الا أهل أنطائليس فان لهم عهدا يوفى لهم (١) .

(٢) عن عبد الله بن المغيره بن أبى برده قال سمعت سفيا بن وهب الخولانى (وكان سفيان ممن اشترك فى فتح مصر) قال لما افتتحت مصر بغير عهد قام الزبير فقال ياعمرو بن العاص اقسمنها فقال عمرو لا أقسمها فقال الزبير لتقسمنها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر فقال عمرو لا أقسمها حتى أكتب الى أمير المؤمنين فكتب عمر اليه أن دعها حتى يغترو منها حبل الحبله (٢) قال أبو عبيد أراده أن تكون فيئا موقوفا للمسلمين ماتناسلوا يرثه قرن بعد قرن فتكون قوة لهم على عدوهم (٣) .

(٣) وعن زيد بن أسلم قال لم نجد صلح مصر فى كتب عمر بن الخطاب التى وجدناها عهودا لمن كان من الأعاجم .

(٤) عن ابن لهيعه قال أخبرنى الصلت بن أبى عاصم كاتب حيان بن شويح أنه قرأ كتاب عمر بن العزيز الى حيان — وكان عامله على مصر . أن مصر فتحت عنوة

....

(١) الاموال ص ٢٠٧

(٢) النجوم الزاهره فى ملوك مصر والقاهره ج ١ ص ١٩ — ٢٥ ط دار الكتب لابى المحاسن .

(٣) الاموال ص ٨٢

من غير عهد ولاعقد .

أى أنها فتحت عنوة - فهذه الآثار مجتمعه تدل على أن مصر فتحت عنوة - ولايؤثر أن يكون بعضها من روايه ابن لهيعه الذى رد علماء الحديث روايته فهى بمجموعها يقوى بعضها بعضـــا .

ثانيـا : أدلـة القائلـين بأن الفتح تم صلحـا :

استدل أصحاب هذا القول بما يلى :

(١) بما روى عن عبيد بن جعفر قال سألت شيخا من القدماء هل كان لأهل مصر عهد ؟ قال نعم - قلت فهل كان لهم كتاب ؟ قال نعم - كتاب طلما صاحب اخنا وكتاب عند فلان وفلان - قلت فكيف كان عهدهم ؟ قال عليهم ديناران من الجزية ورزق المسلمين قلت أتعلم ما كان لهم من الشروط ؟ قال نعم ستة شروط .

(١) ألا يخرجوا من ديارهم (٢) والاتنزع نساؤهم
(٣) ولا أبناؤهم (٤) ولاكنوزهم (٥) ولاأرضوهم (٦) ولايزاد عليهم .

وفى رواية أخرى لهذا الخبر فيها بعض الأيضاح تقول (سئل شيخ من القدماء ممن شهدوا فتح مصر . قيل له ان ناسا يذكرون أنه لم يكن لأهلها عهد فقال لا يبالى ألا يصلى من قال انه ليس لهم عهد - وسئل فهل كان لهم كتاب ؟ فقال نعم ثلاثه كتب - كتاب عند طلما صاحب اخنا - وكتاب عند قزمان صاحب رشيد - وكتاب عند يحنس صاحب البرلس وأجاب هذا الشيخ عن صلحهم أنه كان على دينارين على كل انسان جزية وأرزاق المسلمين (١) .

(٢) وعن الليث بن سعد عن يزيد بن أبى حبيب أن المقوقس الذى كان على مصر . كان صالح عمرو بن العاص على أن يفرض على القبط دينارين دينارين . فبلغ ذلك هرقل صاحب الروم فسخطه أشد التسخط . وبعث الجيوش فأغلقوا الاسكندرية وآذنوا عمرو بن العاص بالحرب فقاتلهم وكتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أما بعد (فان الله فتح علينا الاسكندرية عنوة وقسرا بلاعهد ولاعقد فمصر كلهـــا صلح غير الاسكندرية عند الليث بن سعد فقيه مصر ويزيد بن أبى حبيب) .

....

(١) انظر الاموال ص ٢٠٨ والفاروق عمر للدكتور هيكل جـ ٢ ص ١٦٤ . وطلما بفتحتين واخنا بالفوقانيه روويت بالموحده النحتانيه وبعضهم يقول أخنو وهى مدينـــه قديمة قرب الاسكندرية كانت ذات عمل منفرد وملك مستبد - وهى واقعه على =

هذه أدلة الفريقين ونظرا لكونها ثابتة فى كتب التاريخ الاسلامى ولايقوى أحدهما على نفى الاخر. ذهب الفقهاء فى الجمع بينها مذاهب مختلفة .

فأبو عبيد القاسم بن سلام يرى أنها فتحت مرتين مرة صلحا ومرة أخرى عنوة ويروى فى ذلك حديثا غريبا لايعرف الا من جهته فيقول اختلفت الاخبار فى أمرهم وأنا أقول ان الأمرين جميعا قد كانا - وصدق الخبران كلاهما لانها فتحت مرتين فكانت المرة الأولى صلحا - ثم انتكث الروم عليهم - ففتحت الثانية عنوة - ثم يقول وفى ذلك خبر يصدق وهذا عن أبى لهيعة عن الحارث بن يزيد الحضرمى عن على ابن رباح - ان أبا بكر الصديق بعث حاطب بن أبى بلتعة الى المقوقس بمصر فمر على ناحية قرن الشرقيه [1] فهادنهم وأعطوه فلم يزالوا على ذلك حتى دخلها عمرو بن العاص - فقاتلهم وانتقض ذلك الصلح .

وهذا الخبر مردود للأمور الاتيه :

(١) أنه من رواية ابن لهيعة - وهو كذاب .

(٢) أن التفكير فى فتح مصر لم يوجد لدى المسلمين الا فى خلافة عمر بن الخطاب - وقد كان متهيبا منه حتى شجعه عليه عمرو بن العاص .

(٣) أن سوق الخبر على هذا النحو يجعل عمرو بن العاص هو الذى انتقض الصلح - ومعنى ذلك أنه دخلها معتديا من غير أن يستوجبوا ذلك .

وقال قوم آخرون جمعا بين هذه الأدلة انها فتحت صلحا - الا بعض مدنها - فانها فتحت عنوة - قال يحى بن أيوب - وخالد بن حميد - فتح الله أرض مصر كلها بصلح غير الاسكندرية وثلاث قريات ظاهرت الروم على المسلمين - سلطيس - وبلهيت فانه كان للروم جمع فظاهروا الروم على المسلمين - فلما ظهر عليها المسلمون استحلوها .

....

= على ساحل البحر بين الاسكندرية ورشيد - وتوجد قرية صغيرة بهذا الاسم عند طنطا الان - ولطلما صاحب اخنا قصة فى نقض العهد - وجلب الروم من القسطنطينية لحرب المسلمين - الأموال هامش .

(١) يوجد الان بمحافظة الشرقية بلده تسمى القرين قرب التل الكبير .

ولكننى أرى وجها آخر للجمع بين هذه الأدلة وهو رأى يتمشى مع الغاية العامة للفتح الاسلامى وهو أنها فتحت صلحا – وفى ذات الوقت فتحت عنوة ·

أما الصلح فكان مع أبناء البلاد الأصليين من القبط – أجراه عمرو بن العاص مع المقوقس عظيم القبط بمصر · ورضى به الأقباط – وعلم بهذا الصلح جمهور القبط فتجنبوا المواجهة مع المسلمين – ولذا فقد كان الفاتحون لا يلقون مقاومة الا فى الأماكن التى فيها تجمعات للقوات الرومانية التى كانت تدفع للتصدى دفعا يائسا – كما كان فى الاسكندرية حين رفض هرقل الصلح الذى أجراه المقوقس مع عمرو ونسخطه أشد التسخط – لأنه أدرك أن هذا الصلح سوف يصيب الجبهة الداخلية بالتصدع – ولذا لم يشتد الامر على القوات الاسلاميه – ولم يطلبوا مددا الا حين تحصنت القوات الرومانية بحصن بابليون – وتجمعوا لأغلاق الاسكندرية وبعض القرى ·

وأما العنوة فكانت ضد القوات المحتله للرومان الغرباء عن الارض الذين لم يحجبهم أن يصالح أبناء الارض الفاتحين الجدد · فكان موقف المصريين موقف المغلوب على أمره لا يسعه الا أن ينفذ رأى الغالب من أى الطرفين فى المنطقة التى هو فيها – وقد يوضح هذا الموقف للأقباط ما قاله أبو عبيد – ومثل السواد قبط مصر قصتهم شبيهة بقصة أهل السواد – وانما كانت الروم ظاهرة عليهم كظهور فارس على العراق ولم تكن لهم منعة ولا عز فلما أجليت الروم صاروا فى أيدى المسلمين الى هذا الرأى ذهب الدكتور محمد حسين هيكل (١) ·

وهذا ما يتفق مع الهدف الاسلامى من الفتح فان من غايته أن يفسح الطريق أمام الشعوب المقهورة التى لا منعة لها ولا عز كما يقول أبو عبيد – حتى يفكروا بحريه ويختاروا عن اقتناع – وصدق الله العظيم · ومالكم لا تقاتلون فى سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا ·

....

(١) الاموال ص ٢٠٦ – وانظر الفاروق عمر ج ٢ ص ١٦٤ الدكتور هيكل

نـوع الملكيـة التى طبقت على مصر بعد فتحهـا

بقى بعد ذلك أن نبين نوع الملكية التى طبقت على مصر بعد فتحها .

ولقد اختار الحنفية فيها ما سبق أن ختاروه فى سواد العراق وهو الملكيـة الخاصة وأن الأمام تركها لأصحابها ملكا مقابل خراج يدفعونه ثمنالها - وان كان الكمال بن الهمام من الحنفية يرى أن المأخوذ الان من أراضى مصر انما هو اجرة لاخراج ويعلل ذلك بقوله - الا ترى أن الارض ليست مملوكه للزارع - وذلك لموت المالكين لها شيئا فشيئا وانعدام من يرثهم حتى صارت الى بيت المال (1) .

وهذا تعليل بعيد - لأنـه من غير المعقول أن يموت جميع المالكين وأن لايكون لجميعهم ورثة بهـذا الأطـلاق .

ويقول الأئمة الثلاثـة مالك - والشافعى واحمد فى رواية لـه - أن الملكيـة المطبقة عليها هى الملكية العامه فان الرقبة للجماعة الاسلامية وان اختلفت طرقهم فى الوصول الى هذا القول - فان الامام مالك يرى - أنها موقوفة بنفس الأستيلاء عليها كما هى احدى الروايتين عن الأمام احمـد .

والأمام الشافعى يرى - أن الأمام له أن يستنزل عنها القائمين ويستطيب من لم ينزل الا بمقابل فتحول من الملكية الخاصة الى الملكية العامة كما حدث فـى السـواد .

والنتيجـة واحدة حيث طبقت عليها فى النهاية الملكية العامة - وللأمـام احمد روايتين احداهما موافقه للشافعية والثانية موافقه لما ذهب اليه المالكية .

ولقد سبق أن رجحنا مذهب الأمام مالك وهو ما ترجمه هنا - لما روى أنـه لما فتحت مصر . بغيرعهد قام الزبير فقال ياعمرو بن العاص - اقسمنها فقال عمرو لا أقسمها فقال الزبير لتقسمنها كما قسم رسول الله صلى الله عليـه وسلم خيـبر فقال عمرو لا أقسمها حتى أكتب لأمير المؤمنين فكتب اليـه عمر - أن دعها حـتى يغزو منها حبل الحبلة - قال أبو عبيـد مفسرا لمقالة أمير المؤمنين أراده - أراد

....

(1) انظر التحفة المرضية فى الاراضى المصرية لابن نجيم المصرى ص ٢٠ ط دار الطباعة . وانظر رسالة مخطوطة بمكتبة الازهر - فى أحكام الارض الخراجيه ٢٩٠ مجاميع

أن تكون فيئا موقوفا على المسلمين ما تناسلوا يورثونه قرنا بعد قرن • فيكون لهم قوة على عدوهم (١) •

وقد روى عن عمرو بن العاص ما يؤيد أنه جعلها ملكا للجماعة – وترك أهل البلاد زراعا لها وجعل عليهم مقابلا لذلك لا يثقل عليهم • قال ابن عبد الحكم – كان عمرو بن العاص لما استوثق له الأمر – أقر قبطها على جباية الروم – وكانت جبايتهم بالتعديل اذا عمرت القرية وكثر أهلها زيد عليهم – وان قل أهلها وخربت نقصوا فهذا يدل على أنها كانت ملكا للجماعة الاسلامية وأقرت فى أيدى أهلها بالخراج – ولم توزع تمليكا على السكان الاصليين (٢) •

....

(١) الأموال ص ٨٢

(٢) راجع الملكية العقارية فى مصر – وتطورها التاريخى – للدكتور محمد كامل موسى ص ٦٣ – ٦٤

المبحث السابع

فى الدور والمساكن – ونوع الملكية التى طبقت عليها

بعد أن انتهينا من بيان أقسام الأرض – ونوع الملكية المطبقة على كل قسم منها .

آن لنا أن نبين ملكية الدور والساكن لمن تكون ؟ ونوع الملكية المطبقة عليها .

الدور – والمساكن نوعان :

لانها اما أن تكون قائمة أثناء الفتح – واما أن تكون مستحدثه بعد الفتح .

فأما التى كانت قائمة أثناء الفتح فانها لاخراج عليها ولا أجرة لها – وأنها ملك لأهلها أى أن الملكية التى طبقت عليها هى الملكية الخاصة – يقول أبوعبيد وانما كان خلافهم فى الارضين المغلة التى يلزمها الخراج من ذوات المزارع والشجر .

فأما المساكن والدور بأرض السواد فما علمنا أحداكره شرائها – وحيازتها وسكناها واقتسمت الكوفة خططا فى زمن عمر بن الخطاب – وهو أذن فى ذلك – ونزلها من أكابر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى آله رجال منهم سعد ابن أبى وقاص . وعبدالله بن مسعود وحذيفة وسلمان وخباب وغيرهم ثم قدمها على رضى الله عنه فيمن معه من أصحابه فأقام بها خلافته كلها – ثم كان التابعون بعد بها فما بلغنا أن أحدا منهم – ارتاب بها ولا كان فى نفسه منها شىء بحمد الله ونعمته ثم قال – وكذلك أرض مصر هى مثل السواد .(١)

وكان الامر كذلك فى مدن الشام ما طبق على دور ومساكن السواد ومصر فقد سأل رجل واثلة بن الأسقع فقال له أرأيت هذه المساكن التى اقتطعوها يوم فتحوا دمشق أماضية هى لأهلها ؟ قال نعم قال فان ناسا يقولون هى لهم مسكن – وليس لهم بيعها – ولا اتلافها بوجه من الوجوه فى صدقة أو مهر – أو غير ذلك فقال واثلة ومن يقول ذلك ؟ بل هى ملك ثابت يسكنون ويمهرون ويتصدقون .(٢)

. . . .

(١) الاموال ص ١٣١ – ١٣٢ (٢) التاريخ الكبير لابن عساكر ص ١٨١ ط مطبعة روضه الشام سنة ١٣٢٩ هـ – وانظر الاستخراج ص ٤٥

وهذا رأى جمهور العلماء :

ولقد تعدد الروايات عن الأمام احمد فى هذا الموضوع منها مايفيد أنها موقوفة لاتباع ولاتشترى وأن التصرفات الصادرة من أصحاب اليد واقعة على البناء دون الارض فقد نقل عنه محمد بن الحكم قوله أكره أتباع الدار من الأرض . الا أن يباع البناء يعنى لاتباع نفس الارض .

ومنها ما يفيد التفرقة بين المدن الكبرى - والامصار وبين القرى - حيث الحق القرى بالارض الزراعية فى الحكم . فقد نقل عنه المروزى . قيل لأبى عبدالله فى رجل يبيع داره قال فى السواد لايعجبنى أن يبيع شيئا - قلت - والبصره والكوفة - قال لا الكوفه والبصرة كانت عنده بمعنى آخر - ثم قال السواد فى المسلمين - وهذا يدل على أن الأمصار ليست وقفا بخلاف مساكن القرى المزروعة (١) .

والأولى بالقبول ما قاله الجمهور . لان التفرقة لادليل عليها - وأن ما نقل فى هذا الموضوع يرجح عدم الفرق - يقول أبوعبيد - ومن العلم أنه (أى عمر) جعل الخراج على الارضين التى تغل من ذوات الحب والثمار - والتى تصلح للغله من العامر والغامر - وعطل من ذلك المساكن والدور التى هى منازلهم - فلم يجعل عليهم فيها شيئا (٢) .

النوع الثانى :

ما استحدث من البناء - والمساكن فى أرض الخراج بعد الفتح . فهذا النوع قد اختلف فيه الفقهاء على قولين :

(١) القول الأول : يرى أنه يؤخذ منهم الكراء لها - واليه ذهب المالكية والشافعية ورواية عند أحمد (٣) .

(٢) والقول الثانى : يرى أنه لا شئ عليها - واليه ذهب الحنفية حيث لازرع ولاغرس

....

(١) الاستخراج لابن رجب ص ٤٥ (٢) الاموال ص ١٠٢ - ١٠٣ - وانظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ١٨٩

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ١٨٩ ، ومغنى المحتاج جـ٤ ص ٣٥ ط الحلبى - والأحكام السلطانية للماوردى ص ١٥١ - والاستخراج لابن رجب ص ٤٥ - ٤٦

ووجهة القول الأول ـ أن الانتفاع بالأرض موجود فكان على المنتفع أن يدفع مقابل هذه المنفعة .

ووجهة القول الثاني : أن الخراج قد ضرب على الأرض المغلة ـ وما جعل للمسكن من حاجيات الانسان الضرورية فلا خراج عليه وقياسا على ما كان قائما أثناء الفتح .

ولقد ثار الجدل حول هذا الموضوع حين بنيت بغداد فقد كانت مزرعة للبغداديين من أرض السواد ـ يروى الخطيب في تاريخه ذلك فيقول ـ كانت مدينة أبى جعفر مزرعة للبغداديين يقال لها المباركة ـ وكانت لستين نفسا من البغداديين فعوضهم عنها عوضا أرضا ـ ولما بنيت المدينة وسكنها الناس تكلم في ذلك طائفة من أهل العلم والتدقيق فمنهم من قال هي مغصوبة ـ وقد روى ذلك عن الفضيل بن عياض وغيره والمشهور عن الأمام احمد وغيره من أهل الورع كبشر بن الحارث أنهم كانوا يعدونها من جملة السواد الذى هو فيئ المسلمين وعليه الخراج ـ ذكر جعفر بن المنادى عن جده عبدالله بن محمد قال ـ قال لى احمد بن حنبل أنا أبيع هذه الدار التى أسكنها وأخرج الزكاة عنها في كل سنة أذهب في ذلك الى قول عمر بن الخطاب في السواد .(1)

ولكن مادام الخليفة قد عوضهم عوضا أرضا مكان الارض التى أخذها منهم مبادلة والغالب أن يكون ذلك لمصلحة تعود على الجماعة . فلا مجال للقول بأنها مغصوبة .

ويحمل هذا القول الذى ورد عن ابن حنبل وبشر بن الحارث على مثالية تليق بأهل الورع ـ والتقوى من أمثال الامام احمد وبشر بن الحارث ولا يأخذ ذلك حكم الغصب اذ للأمام أن يصنع مثل ذلك للمصلحة العامة .

فلقد روى أن عمير بن سعد قال لعمر بن الخطاب ـ ان بيننا ـ وبين الروم مدينة يقال لها عربسوس وانهم يخبرون عدونا بعوراتنا ـ ولا يظهروننا على عورات عدونا .

فقال عمر ـ اذا قدمت فخيرهم أن تعطيهم مكان كل شاة شاتين ـ ومكان كل بقرة بقرتين ـ ومكان كل شئ شيئين فاذا رضوا بذلك فأعطهم اياه وأجلهم وأخربها ....

....

(1) انظر الاستخراج ص ٤٥ ـ ٤٦

فان أبوا فانبذ اليهم – وأجلهم سنة ثم أخرجها – فانتهى عمر الى ذلك فأبوا فأجلهم سنة ثم أخرجها – وكانوا أصحاب عهد (١) .

فاذا جاز أن يهدم للمصلحة – كان له أن يبنى للمصلحة من باب أولى خاصة اذا عوضهم أرضا مكان الارض .

وروى أن المسجد الحرام لم يكن له على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر جدار يحيط به – فلما استخلف عمر – وكثر الناس – وسع المسجد واشترى دورا فهدمها وزادها فيه – وهدم على قوم من جيران المسجد أبوا أن يبيعوا ووضع لهم أثمانها حتى أخذوها بعد – واتخذ للمسجد جدارا قصيرا دون القامة – فكانت المصابيح توضع عليه فلما استخلف عثمان بن عفان وابتاع منازل ووسع المسجد بها وأخذ منازل أقوام ووضع لهم أثمانها فضجوا به عند البيت فقال انما جراكم على حلمى عنكم ولينى لكم – ولقد فعل بكم عمر مثل هذا فأقررتم ورضيتم . ثم أمر بهم الى الحبس حتى كلمه فيهم عبد الله بن خالد . بن أسيد فخلى سبيلهم (٢) .

فهذه الوقائع تدل على أن مثل هذا العمل لا شئ فيه – ولا يأخذ حكم الغصب وانما هو قول محمول كما قلت على الورع والتقوى .

ولقد جمع بين القولين الماوردى – فجمعهما جمعا حسنا لا بأس من الأخذ به . قال والذى أراده أن مالا يستغنى عن بنيانه من مقامه فى أرض الخراج لزراعتها عفو يسقط عنه خراجه لانه لا يستقر الا بمسكن يستوطنه وما جاوز قدر الحاجة مأخوذ بخراجه (٣) .

وهذا القول وسط بين القولين جامع لهما جمعا حسنا وأنا أرتضيه –

– هذا – ونحب أن نؤكد هنا أن دور مكه ورباعها لها حكم مخالف – قد سبق بيانه فى كيفية فتح مكه ونوع الملكية المطبقة عليها – فما ذكر هنا خاص بغيرها والله أعلم .

....

(١) فتوح البلدان للبلاذرى ص ١٦٣ (٢) المرجع السابق ص ٥٢
(٣) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٥١

المبحث الثامن

الخراج

تعريف الخراج فى اللغة :

جاء فى المصباح المنير الخراج والخرج - مايحصل من غلة الارض[١] وقال أبوعبيد - الخراج فى كلام العرب انما هو الكراء والغلة ألا تراهم يسمون غلة الأرض - والدار - والمملوك خراجا ؟ .

ومنه قوله صلى الله عليه وسلم - الخراج بالضمان - وهو أن يشترى الرجل العبد فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع - فله أن يرده بالعيب - وتطيب له تلك الغلة بضمانه - فلا يجب عليه ردها - مع العبد[٢] .

وأما فى الشرع فهو ما وضع على رقاب الارض من حقوق تؤدى عنها .

الخراج قبل الأسلام :

ليس الخراج من الضرائب التى استحدثها الاسلام ولكنه كان موجودا قبله لدى قدماء المصريين فقد كانوا يضربون على الأرض ضريبة تؤخذ من المستغلين لها على الاعتبار أن الأرض ملك - للملك أو الأمير - وكان موجودا كذلك فى عهد البطالمة والرومانيين - وكان على الاهالى أن يؤدوا جزءا من المال - هذا الجزء هو الخراج - وكان موجودا لدى الفرس يفرضونه على حسب قوة الأرض وضعفها[٣] .

الخراج فى الأسلام :

لم يفرض الخراج فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم - ولا فى ولاية أبى بكر رضى الله عنه من بعده . لان الفتوحات لم تنتشر فى عهدهما - ولأن الحاجة لم تكن ماسة اليه فيما يبدوا لكفاية الموارد التى كانت فى عهدهما - فلما ولى عمر بن الخطاب وفتح الله عليه العراق والشام ومصر - وظهرت حاجة الدولة الى حماية الثغور والمرابطة على الحدود - والاستعداد الدائم للدفاع مع اتساع الدولة وقف

....

(١) باب الخاء والراء وما يثلثهما (٢) الأموال لأبى عبيد ص ١٠٤

(٣) الملكية العقارية فى مصر من عهد الفراعنة حتى الآن - محمد كامل مرسى ص ١٦ وما بعدها - والاستخراج ص ٨

الارض ، ووضع عليها الخراج بواسطة أصحاب الخبره من امثال عثمان بن حنيف وغيره .

<u>أقسامه :</u>

ينقسم الخراج الى قسمين خراج توظيف ـ وخراج مقاسمة :

١ ـ <u>فخراج التوظيف :</u> هو أن يجعل عليها مبلغا محددا من النقود مثل ما وضعه عمر على أهل السواد ـ وقد ظل الأمر كذلك الى أن عدل المنصور فى الدولة العباسية عن التوظيف الى المقاسمة . لان السعر كان قد هبط فى عهده فلم تف الغلات بخراجها ـ وهذا القسم يتعلق بالذمة بمجرد التمكن من الانتفاع .

٢ ـ <u>خراج المقاسمة :</u> وخراج المقاسمة ـ هو أن يكون الواجب بحصة الخارج من الأرض ، كالربع أو الثلث أو الخمس ـ وهذا القسم يتعلق بالعين بمعنى أنه اذا لم تخرج الارض شيئا لم يجب خراج المقاسمة .

ويجتمع خراج التوظيف مع خراج المقاسمة فى أمرين :

<u>الأول :</u> أن كلا منهما يبتدأ به على الكافر <u>الثاني :</u> أن مصرفهما واحد

ويفترقان فى أن خراج التوظيف لايتكرر بتكرر الخارج فى السنة ـ لان عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا .

وأما خراج المقاسمة فانه يتكرر بتكرر الخارج من الارض ، لتعلقه بعينه وهو يشبه العشر فى ذلك .

ولفظ الخراج ـ ورد فى القرآن الكريم فى قوله تعالى (أم تسألهم خرجا فخراج ربك خير) وفى معنى قوله خرجا ـ وجهان أحدهما : أجرا والثانى نفعا ـ وفى معنى قوله تعالى فخراج ربك خير وجهان كذلك أحدهما ـ رزق ربك ـ فى الدنيا خير منه ـ والثانى فأجر ربك فى الآخرة خير ـ نق نقل الماوردى الاول عن الكلبى والثانى عن الحسن(١) ـ ولامانع فى نظرى يمنع من أن يكون كل من الوجهين مرادا ـ ولامنافاة بينهما ـ ويكون المعنى ـ فرزق ربك فى الدنيا ـ وأجر ربك فى الآخرة كلاهما خير .

....

(١) الاحكام السلطانية ص ١٤٦

وقد ورد فى السنة فى قوله عليه السلام الخراج بالضمان وقد سبق بيان معناه وهوانه لو اشترى انسان عبدا ثم وجد به عيبا رده به ولا يجب عليه أن يرد مقابل منفعته لانه لو مات فى يده كان فى ضمانه (١) ٠

مقدار الخراج :

وليس للخراج مقدار محدد من قبل الشارع حتى يلتزمه الأمام فلا يتعداه بل هو معتبر بما تحتمله الارض وهناك ثلاثة مقاييس لابد من مراعاتها عند تقدير الخراج وربطه على الارض الاول - يرجع الى ذات الارض وتربتها فلا بد من مراعاة جودتها أو ضعفها لان لذلك دخلا فى كثرة المحاصيل وقلتها - والثانى - يرجع الى الصنف المزروع فتجب ملاحظة الانواع المزروعة فليست الحبوب كالثمار - ولا الخضراوات وليست الغلات اللازمة للأستهلاك الشخصى مثل القمح والأذره مساوية للمحاصيل الاستثمارية مثل القطن - والقصب والكتان وما شابه ذلك ٠ ومن الطريف أن تعلم أنه لان تدور مناقشات حامية بمجلس الشعب المصرى ٠ حول جعل الضريبه على الحدائق عشرين ضعفها فى العام مع الابقاء على ضريبة الارض الزراعية كما هى ٠

وهذا ما يوضح أن سلفنا الصالح كانوا يتحرون قواعد العدالة فى كل شئونهم الاجتماعية وغيرها ٠وأرسوا قواعدها منذ مئات السنين ٠

الثالث : يرجع الى كيفية الشرب والتكاليف التى تتفق على المحصول فما يشرب بالألة لايتساوى مع الذى يشرب بالمطر - أو الراحة ٠ وما يحتاج لكثرة الاسمده لايتساوى مع ما يكتفى بالقليل فنها ٠وهكذا

ولقد راعى الخليفة العادل عمر بن الخطاب هذه المقاييس وشدد على عثمان ابن حنيف الذى كلفه بمهمة وضع الخراج أن يضع على الارض ما تحتمل من الخراج فوضع على الكرم قدرا مخالفا لما وضع على النخل ووضع على قصب السكر قدرا يتفق مع غلته - واختلفت المقادير الواجبه على القمح والشعير الخ ٠ وما شرب بالاله اختلف عما يشرب بالسيل والمطر - الى غير ذلك هذا كله مراعاة للعدل ٠ وتمشيا مع غاية الاسلام فى نشر لواء الرحمة على الناس جميعا (٢) ٠

....

(١) راجع الاموال ص ١٠٤

(٢) راجع الموضوع مفصلا فى الخراج لابى يوسف ص ٨٥ - ٨٦ ط سلفيه - والخراج ليحى بن آدم ص ٢٣ سلفيه - والاموال لابى عبيد ص ٩٨ والاحكام السلطانية للماوردى ص ١٤٨ - ١٤٩ - والاستخراج لابن رجب ص ٦٧ - ٧١

هل الخراج ثمن للأرض ؟ أو أجرة لها ؟

اختلفت كلمة الفقهاء في اعتبار الخراج ثمنا للأرض أو أجرة لها على قولين :

(١) القول الأول : يرى أن الخراج أجرة للأرض، تستوفيها الدولة ممن وجبت عليه لحق الجماعة الاسلامية باعتبارها المالكة للأرض، واليه ذهب جمهور الفقهاء[(١)] .

(٢) القول الثاني : يرى أن الخراج يدفع ثمنا للأرض، باعتبار أن الامام قد أقرهم عليها ملكا لهم واليه ذهب الحنفية وأبو العباس بن سريج في جماعة من الشافعية[(٢)] .

(أ) ووجهة هذا القول - أن عمر رضي الله عنه قد أقر أهل السواد - وبقية البلاد التي افتتحت في عهده - على تملك أراضيهم فيكون الخراج المضروب عليها ثمنا لها - اذ لو كان أجرة لها - لوجب تحديد المدة ولوجب فيها أجرة المثل ولم يكن للمؤجر أن يزيد في الاجرة لانه بعد عقد الاجارة لا يملك ذلك .

والخراج لم يتحدد بمدة ولم تجب فيه أجرة المثل والثابت أن عمر رضي الله عنه كان يزيد في مقدار الخراج وينقص بعد ضربه عليهم وذلك تبعا لما تقضي به قواعد العدالة وتوخي الانصاف[(٣)] .

(ب) ووجهة نظر الجمهور . أن ما يدفع - وان لم يكن كالاجرة من كل وجه - الا أنه في معناها لانه لو كان ثمنا لصح لهم أن يبيعوا هذه الارض، أو يتصرفوا فيها بالهبة وغير ذلك لكنهم لا يصح منهم ذلك بدليل - أن عمر رضي الله عنه نهى عن شراء أرض الخراج[(٤)] .

فعن طارق بن شهاب قال . أسلمت امرأة من أهل نهر الملك - قال - فقال عمر أو كتب عمر رضي الله عنه - ان اختارت أرضها وأدت ما على أرضها فخلوا بينها وبين أرضها والا فخلوا بين المسلمين وأرضهم[(٥)] .

....

(١) راجع الاموال لابي عبيد ص٩٨ - ٩٩ - والاستخراج لابن رجب ص٣٩ والاحكام السلطانية للماوردي ص ١٧٤ (٢) الهداية جـ٢ ص١٠٥ والاحكام السلطانية للماوردي ص ١٧٤ (٣) انظر الاستخراج ص ٤٠

(٤) الخراج ليحيى بن آدم ص٥٣ بند ١٦٣ (٥) المرجع السابق ص٥٦ بند ١٨١

وما سبق أن رويناه عنه من أنه حين علم أن عتبة بن فرقد اشترى أرضا على شاطئ الفرات قال له ممن اشتريتها ؟ قال من أهلها قال هؤلاء أهلها - وأشار الى المهاجرين والانصار فهل اشتريت منهم شيئا ؟ قال لا . قال فارددها على من اشتريتها منه وخذ مالك .(١)

فهذا كله يدل على أن ما تحت أيدى المقرين على الارض ليس مملوكا لهم - وانما هو ملك للجماعة الاسلامية .

التر‌جيح والمختار :

والراجح ما قال به الجمهور من أن الخراج فى معنى الاجرة للأرض ليس ثمنا لها .

ويجاب عما وجه به أصحاب القول الثانى قولهم - بأنه يغتفر فى عقد الخراج مالا يغتفر فى غيره كعقد الاجارة لما فيه من المصلحة العامة ولذا عبر عنه بعض العلماء بقوله هو فى معنى الاجرة للأشارة أنه ليس مثلها من كل وجه .

أو يجاب بما أجاب به ابن تيمية حيث قال - التحقيق أن وضع الخراج معاملة قائمة بنفسها ذات شبه بالبيع والاجارة تشبه فى خروجها عنهما : المصالحة على منافع مكانه للاستطراق أو وضع الجذوع ونحوها بعوض ناجز فانه لم يملك العين مطلقا - وانما منح هذه المنفعة مؤبده وكذلك وضع الخراج - لو كان اجارة محضة لدخل فيها المساكن ولكان دفعها مساقاة أو مزارعة أحسن وأنفع - ولكان يعتبر فيها أجرة المثل - فان الخراج دونها بكثير . ولو كانت بيعا لدخلت فيها المساكن أيضا ولا بيع يكون بثمن مؤبد - الى يوم القيامة فالخراج أصل ثابت لا يقاس بغيره .(٢)

وهذا تعليل حسن فى نظرى لامانع من القول به .

....

(١) الاموال ص ١١٠ - ١١١ (٢) الاستخراج لابن رجب ص ٤٠

المبحث الرابع

حكم تصرفات واضعى اليد على الأرض الخراجيه

بعد أن بيننا فيما سبق نوع الملكية المطبقة على الارض المفتوحة عنوة — وبعد أن بينا صفة الخراج هل هو ثمن لهذه الارض — أن أم فى معنى الأجرة لها — ورجحنا أنه نظام قائم بنفسه . له بالاجرة نوع شبه . كان منطقيا أن يثور بعد ذلك سؤال عن حكم تصرفات واضعى اليد على هذه الارض ، ومايجرى بينهم من بيع وشراء وتوارث الان .

ولقد اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا الموضوع وخلافهم راجع الى الخلاف السابق فى نوع الملكية المطبقة على هذه الارض ، فمن رأى أنها الملكية الخاصة ابتداء وانتهاء قال ان لواضعى اليد سائر هذه التصرفات ومن قال ان الملكية المطبقة عليها هى الملكية العامه ابتداء وانتهاء كالمالكية — أو هى ملكية خاصة ابتداء ثم حولها الامام الى ملكية عامة انتهاء قال ليس لهم هذه التصرفات — واختلفت الرواية عن الامام احمد فله ثلاث روايات تتفق كل واحدة منها مع قول من الأقوال السابقة .

وليك الاراء فى هذا الموضوع :

(١) قال جمهور الفقهاء المالكية والشافعيه (١) ليس لهم البيع ولا الهبة ولاغيرها لانهم غير مالكين لها .

ونقل عن ابن عباس أنه نهى عن تقبلها بحجة أنه التزام للخراج المضروب عليها وهو صغار فقد سأل رجل ابن عباس رضى الله عنهما — قال لا — انى أكون بهذا السواد — فأتقبل ولست أريد أن أزداد ولكنى أدفع الضيم — فقرأ عليه قوله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الاخر الى أن وصل الى قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون) ثم قال لاتنزعوه من أعناقهم وتضعوه فى أعناقكم ونقل عن

....

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ٢ ص ١٨٩ — الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٣٨ والاستخراج ص ٧٣ — ٧٤ — وانظر الاحكام السلطانية للأبى يعلى .

شريح والشعبى ـ والتوقف فى أمر تصرفات واضعى اليد على هذه الارض . فقد نقل عن شريح أنه اختصم اليه فى ... ذلك فلم يقض فيه بشئ (١) .

واختلفت الرواية عن الامام احمد ـ فرواية تجيز الشراء دون البيع ـ وعللها بعض أصحابه بأن الشراء بمثابة استنقاذ الارض من البائع الظالم فهو من هذا الوجه مثل افتكاك الأسير ورواية تجيز الشراء بقدر الحاجة ورواية تمنع من البيع والشراء كليهما (٢) .

وذكر بعض أصحاب الامام احمد أن التصرف يجوز اذا أجازه الامام لأنه عقد مختلف فيه وحكم الحاكم يرفع الخلاف أو أنه جائز لوجوب طاعته فيما لا يعلم أنه معصية .

وقال آخرون ان ذلك جائز لأن من بيده الارض الخراجية مستأجر لها على التأبيد فله أن يؤجرها على التأبيد كذلك (٣) .

(٢) وقال الحنفية . ومن وافقهم من الشافعية انهم يملكونها فلهم عليها سائر التصرفات من بيع وهبة ووصية واجارة واعارة سواء أكان المتصرف باقيا على الكفر أو خرج منه الى الاسلام فالخراج لا يسقط بالبيع ولا بالاسلام .

<u>التوفيق بين هذا الأختلاف :</u>

وازاء هذا الاختلاف فى تأصيل هذه التصرفات وردها الى قاعدة معينة فاننى أرى أن تجعل هذه التصرفات منصرفة الى المنافع ـ والحقوق المخولة لواضعى اليد لا على ذات الارض ورقبتها ويكون التصرف بمثابة نقل اليد بعوض أو بغيره حسبما يكون التصرف أو انتقال اليه كما فى ... الميراث .

تنصب على المنفعة

وقد رجح ذلك ابن تيمية تخريجا على نص للامام احمد بجواز دفع هذه الارض عوضا عن الصداق الذى يستحق عليه . قال وهذه الارض ان قيل انها وقف فانها تخالف الوقف على معين لان هذه الارض توقف وتوهب ولا يبطل حق المسلمين من خراجها بانتقالها من يد الى يد ـ بخلاف الوقف المعين ـ فانه يبطل حق البطن الثانى بانتقاله الى غيرهم .

....

(١) الاموال لابى عبيد ص ١١٢ ـ ١١٤ والاستخراج ص ٧٤ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق (٣) المرجع السابق ص ٧٨ ـ ٨٥

ولهذا يورث المكاتب ـ ويوهب ويجوز بيعه عندنا ـ ويبقى مكاتبا على حاله ومعنى الوقف على هذا أنها محبوسة عن القسمة متروكة فيئا مشتركا بين عموم المسلمين أولهم وآخرهم وحقهم فى خراجها ـ وخراجها لا يبطل بانتقالها من رجل الى آخر[1].

وما ارتضيناه هو اختيار الشيخ أبى زهره حيث قال وبقيت الأراضى فى أيدى أهلها لان أيديهم ليست يد ملك ـ ولكنها يد اختصاص ـ أى أنهم يملكون المنفعة ولا يملكون الرقبة ولكن مع أن ملكهم على هذا النحو يبيح لهم التصرف فيها بالبيع والشراء والمزارعة والاعارة وغير ذلك من التصرفات لان التصرفات تجرى فى المنافع الثابته ولان هذا الاختصاص فيه نوع ملك ثم كانت تورث ـ لانها حق مالى والنبى صلى الله عليه وسلم يقول من ترك حقا أو ما لا فلورثته أو مع أن بعض الفقهاء قد قرروا أن المنافع لاتورث ـ أجازوا وراثه الاراضى لان حق واضع اليد حق عينى ولأنهم قرروا ـ أنهم ان لم يكونوا مالكين للرقبة فلهم بمقتضى وضع اليد القديم حق الولاية فى نظير الخراج المعروف فأشبه حق الحكر ـ وأنه يورث بوراثة الاعيان التى تعلق بها ـ فاذا كانت يد الزراع فى الارض المفتوحة ليست يد ملك ـ وكل الأراضى فى البلاد الاسلامية الخصبة أراض مفتوحة فان لولى الامر أن ينتزع الاراضى من أيدى واضعى اليد عليها وتعويضهم عن أيديهم وذلك لان يد هؤلاء كسبوها من ولى الامر ـ ومن يملك الأعطاء يملك المنع .

ولكن هل لولى الأمر ذلك من غير مبرر ؟ أم لا بد من مبرر ؟

<u>والجواب</u> : عن ذلك أن الأساس فى الموضوع المصلحة أو التكافل الاجتماعى .

فالأمام العادل الذى يحكم المسلمين يجب أن يقرر المنع والأعطاء على أساس المصلحة العامة وما يحقق أكبر قدر من التكافل الاجتماعى ولقد كان التوزيع الاول لمصلحة اقتضته فلا يجوز العدول عنه الا لمصلحة أقوى اقتضت العدول خصوصا ـ ان وضع اليد أوجد حقوقا فلا تزول هذه الحقوق الا لفساد يترتب عليها ويكون ضرر بقاء اليد أكبر من ضرر نزعها فان الضرر الكبير يدفع بالضرر القليل .

....

(١) الاستخراج ص ٧٧

ولخشية الظلم من الحكام فى عصور التاريخ كان الفقهاء لايفتون بجواز نزع الاراضى فلقد حفظ التاريخ - أن الظاهر بيبرس البند قدارى أراد نزع الاراضى من أيدى أهلها بهذا الاعتبار فوقف فى جهه العلماء . وقال له شيخهم الشيخ محى الدين النووى - ان ذلك غاية العناد وانه عمل لايحله أحد من المسلمين ومازال يعظه بالرفق مرة - وبعبارات فيها شدة مرة أخرى حتى كف عن ذلك .(1)

وهذا رأى وسط به تستقيم النصوص وتتفق دلالاتها وتبقى به الأرض - وهى أهم مصدر من مصادر التمويل العامه فى يد الجماعة كلها - وبقاؤها كذلك لايشكل قيدا على حرية التعامل فيها - والنقل لها - ولتبق فكرة ملكية الامة للأرض بمثابة صمام الأمان من الانحراف - وسوء الاستغلال فانه سوف يظل ماثلا نصب أمام نظر واضع اليد - أن سوء الاستغلال يمكن أن تترتب عليه عواقب خطيرة قد تصل الى حد سحب الارض من يده فلا يطغى - ويقول كما قال قارون انما أوتيته على علم عندى .

....

(1) فى المجتمع الاسلامى للشيخ أبى زهرة ص ٣٨ - ٤١ - وراجع الموضوع فى المغنى لابن قدامة جـ٢ ص ٥٨٧

المبحث التاسع

أرض العشر - وأرض الخراج - وهل يجمع بينهما على أرض واحده ؟

قد تكون الارض أرض عشر فقط فلا يضرب الخراج عليها . وقد تكون أرض خراج ليس عليها عشر - أو أرض عشر وخراج معا .

أولا : الأرض التي يجب عليها العشر لا غير :

الأرض التي يجب عليها العشر لاغير تشمل ما يأتي :

(١) أرض العرب كلها - أرض الحجاز - والمدينة وغيرها . فهذه الأرض لا يجب فيها خراج وان كانت مفتوحة عنوة يقول أبو يوسف بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتح فتوحات من الارض العربيه فوضع عليها العشر ولم يجعل على شئ منها خراجا فأجروا الاراضي العربية هذا المجرى . وأجرى البحران والطائف كذلك (١) .

(٢) كل أرض أسلم عليها أهلها من أرض العجم فهي ملك أيمانهم ولا شئ عليهم غير العشر عند الشافعيه ويرى أبو حنيفة أن الامام مخير بين أن يجعلها خراجا أو عشرا . فان جعلها عشرا لم تنتقل الى خراج وان جعلها خراجا لم تنتقل الى العشر (٢) .

(٣) ما أحياه المسلم من موات الارض فهو عشرى مطلقا سواء كان من ماء العشر أو من ماء الخراج والمراد بالماء ماء العشر وماء الخراج - لأنها الخاصة والانهار العامه فماء العشر هو ماء الانهار الخاصة والآبار والعيون وماء الخراج هو ماء الانهار العامة أو الامطار .

وقال أبو حنيفة العبرة بالماء بمعنى أن الارض التي تشرب من ماء الخراج فهي خراجيه والتي تشرب بماء العشر فهي عشريه ولكن الاولى بالترجيح هو اعتبار الارض نفسها اذ الخراج مأخوذ عن الارض - والعشر مأخوذ عن الزرع - وكون الماء ماء عشر أو خراج لا أثر له (٣) .

....

(١) الخراج لابى يوسف ص ٥٨ - ٦٠ طسلفيه الاحكام السلطانية ص ١٤٧ المغنى لابن قدامة جـ٢ ص ٥٧٩ (٢) الاموال لابى عبيد ص ٧٧

(٣) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٥٠ - ١٥١ ، ص ١٧٨

(٤) أرض العنوة – اذا قسمها الامام على رأى من يقول بوجوبها أو جوازها وقد رجحنا فيما سبق أنها موقوفة على الجماعة الاسلامية – ولواضعى اليد حق الاستغلال والمنفعة .

ثانيا : الأرض التي يجب فيها الخراج لاغير :

(١) أرض العنوة التي يقفها الامام – فهى بالوقف تكون أرض خراج – أو التي يختار الامام تمليك أهلها اياها – كما يرى الحنفية بشرط أن تكون من غير أرض العرب – لان الارض العربية لاخراج عليها – وان فتحت عنوة كما سبق القول يقول أبو يوسف (وأيما دار من دور العجم قد ظهر عليها الامام – وتركها فى أيدى أهلها – فهى أرض خراج – وان قسمها بين الذين غنموها فهى أرض عشر .

(٢) ما صولح عليه أربابه على أن تكون ملكية الرقبة لهم فأرضهم أرض خراج مالم يسلموا فان أسلموا سقط الخراج عنهم – لأنه بمثابة الجزية يسقط بالاسلام وكذا اذا بيعت لمسلم كان هذا عند الجمهور . فأما الأمام أبو حنيفة فانه يقول ببقاء الخراج فى الحالتين[١] .

(٣) وماصولح عليه أربابه على أن تكون ملكية الرقبة للمسلمين فهذه أرض خراج – اذ هى موقوفة على المسلمين – ويكون الخراج المضروب عليهم أجرة لاتسقط باسلامهم اذا أسلموا[٢] .

ثالثا : الأرض التي يجتمع عليها العشر والخراج :

وهذه الأرض هى أرض الخراج تصير فى يد مسلم فانه يجب عليه العشر حقا للزرع . والخراج حقا للأرض – وهذا رأى الجمهور .

وقال أبو حنيفة لايجمع بينهما وقد استدل لذلك بما يلى :

(١) ماروى عن قيس بن أسلم عن طارق بن شهاب قال كتب الى عمر بن الخطاب فى دهقانة نهرا لملك أسلمت فكتب اليه – إدفعوا اليها أرضها تؤدى عنها الخراج[٣] .

....

(١) الهداية جـ٢ ص ١١٧ – ١١٨ والاحكام السلطانية للماوردى ص ١٤٧
(٢) المغنى لابن قدامة جـ٢ ص ٥٧٩ والأحكام السلطانية ص ١٤٧
(٣) الاموال ص ١٢٤ – ونهر الملك كورة واسعة ببغداد بعد نهر عيسى ، محقق الاموال .

(٢) ماروى عن الزبير بن عدى قال أسلم دهقان على عهد على رضى الله عنه فقال لـه على أن أقمت فى أرضك رفعنا عنك جزية رأسك - وان تحولت عنها فنحن أحق بها - ووجه الدلالة - من الخبرين - أن الامامين لم يذكوا العشر - ولم يشترطاه - ولوكان واجبا عليهم للزم التنبيه عليه فى مقام يستدعى ذلك اذ هما بصدد بيان الحقوق التى تترتب عليه فى أرضه بالاسلام .

وقد رد الاستدلال بهذين الأثرين - بأن ترك عمر وعلى البيان ليس دليلا على السقوط لأنهما ليسا بمشرعين - والعشر واجب على المسلم بالاسلام - اذا توافرت شروطه من غير حاجة الى بيان أو تأكيد من عمر أو من غيره .

الا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال - من أحيا أرضا ميتة فهى له ؟ ولم يقل على أن يؤدى عنها العشر ؟ وكذلك حين أقطع بعض الصحابة الأرض - أنه أقطعها - من غير أن يكون فى حاجة الى ذكر العشر لأنها واجبة بأدلتها الخاصة بها . وعلى ذلك لم يقل أحد بسقوطه عنه أو بعدم مطالبته بـه .

على أن هناك فرقا يجب ملاحظته بين كل من الخراج والعشر حيث لايجزئ أحدهما عن الآخر فالخراج حق الأرض - والعشر حق الزرع - ومصرف كل منهما يخالف مصرف الآخر . فمصرف الخراج اعداد الجيش وسد الثغور - وتحقيق المصالح العامة - وكفالة العدالة للحاضرين والذين يأتون من بعد . ومصرف العشر محصور فى الاصناف الثمانيه المذكورين فى قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفه قلوبهم والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فلا يسد أحدهما مسد الآخر) .

وخراج الأرض لايعدو أن يكون كالأرض يكتريها الرجل المسلم من ربها الذى يملكها بيضاء فيزرعها أفلا ترى أن عليـه كراءها لربها وعليه عشر ما تخرج اذا بلغ ذلك ما تجب فيـه الزكاة[1] .

التـرجيح . والمختـار :

ولقد روى عن عمر بن عبد العزيز مايفيد صحة هذا الذى ذهب اليه الجمهور فقد روى عن ميمون بن مهران قال سألت عمر بن عبد العزيز عن العربى أو قال عن المسلم ....

....

(١) الاموال ص ١٢٥ - ١٢٦

تكون فى يده أرض خراج فيطلب منه العشر - فيقول - انما على الخراج فقال عمر بن عبد العزيز - الخراج على الأرض والعشر على الحب - ومثل هذا لا يقال بالرأى من مثل عمر بن عبد العزيز - لأنه يكون ايجاب لما ليس بواجب وهو لا يصح ولهذا كان رأى الجمهور أولى بالقبول .

ما يجب على الذمى اذا اشترى أرض العشر :

اذا اشترى ذمى أرض عشر - فهل يبقى عليه العشر كما هو - أو يجب عليه الخراج بدل العشر أو العشر مضاعفا - أو لا يجب عليه شيء ؟ بكل قال بعض العلماء . ولهم فى هذا أربعة آراء :

(١) الرأى الاول : يرى أن الخراج يجب عليه بدلا عن العشر وهو قول جماعة منهم أبو حنيفة .

(٢) الرأى الثانى : يرى أنه لا شيء عليه واليه ذهب جماعة منهم الأمام مالك - والحسن بن صالح .

(٣) الرأى الثالث : يرى أخذ العشر منه مضاعفا - واليه ذهب أبو يوسف .

(٤) الرأى الرابع : يرى بقاء العشر على حاله واليه ذهب محمد بن الحسن وسفيان ابن سعيد .

وجهة كل رأى .

(١) أما وجهة أبى حنيفة فيما ذهب اليه - أن الذمى قد اشترى الارض محملة بحق هو العشر الا أنه ليس من أهله ولا يجب عليه أداء هذا الحق . وأصبح متعذرا أخذه منه بسبب كفره . فننتقل الى ما يقوم مقامه مما يمكنه أداؤه - وهو فى هذه الحالة الخراج - ويمكن أن يستأنس لذلك بما اذا اتعذر عليه استعمال الماء فى الطهارة فانه ينتقل الى الممكن وهو التيمم - وكما اذا تعذر استيفاء حق القصاص لعدم المماثلة فانه ينتقل الى الدية .

(٢) ووجهة الأمام مالك والحسن بن صالح - أن العشر غير واجب عليه لعدم أهليته اذ العشر واجب على المسلمين ولا يجب عليه الخراج قياسا على ما لو اشترى مواشى المسلم فليس عليه فيها عشر .

(٣) ووجهة القول الذى قال به أبو يوسف أنه قد ورد عن عمر أنه ضاعف

العشر على نصارى تغلب حين اتفوا من الجزية وبقوا على نصرانيتهم فضاعف عليهم العشر بدلا عن الجزيـة .

(٤) ووجهة القول الرابع : وهو بقاء العشر على حاله ـ أن العشر وصف تعلق به الأرض اليه فيلزم بقاؤه عليه كما هو الحال فى باقى الحقوق الاخرى مثل حق الارتفاق وحق المرتهن فى العين المرهونه اذا باعها الراهن وحق الشفعـة .

والراجح فى نظرى : أن الواجب عليه يستمر كما كان الحال قبل انتقالهـا اليه ـ لان القول باقامة الخراج مقام العشر لها لا دليل عليه ـ بخلاف المقيس عليه فان الشارع هو الذى أقام التراب مقام الماء . وهو وارد على خلاف الاصل وأوجب الدية فى الجنايات غير المتماثله : وما قاله أبو يوسف وان كان أصل هـذا العمل يشهد لما نحن بصدد ترجيحه الا أن مضاعفة العشر هناك كانت بسبب استنكافهم من دفع الجزية وهنا لا وجـه للقول بمعاقبة من انتقلت اليه الارض من الذميين . وما نقل عن الامام مالك . ليس محل اتفاق .

فالعلماء مختلفون فى اشتراط الاسلام هل هو شرط وجوب أو شرط صحـة وبعضهم يرى أنه شرط صحة لا وجوب ومعنى هذا أنه مطالب بفروع الشريعة وغير مقيد فى ايجابه عليه . بدليل وجوب الزكاة فى مال الصبى والمجنون ويخرجها عنهما وليهما ـ لانهما غير مكلفين لانها حق المال ـ وهو قول لجمع من العلماء .(1)

....

(1) انظر المغنى لابن قدامة جـ٢ ص ٥٩٠ وما بعدها ـ والاموال ص ٣٠ وما بعدها

الفصـــل الثـــانـــى

مـــن

البـــاب الأولـــــــ

" مـن مصـادر الملكيـه ـ العامـة ـ الوقـف "

وفيـه مباحــــث :

المبحث الأول

فى

تعريف الوقف

تعريف الوقف فى اللغة :

الوقف فى اللغة الحبس والمنع - تقول وقفت الدابة تقف وقفا - ووقوفا - اذا حبست فى مكانها وسكنت فيه - وتقول وقفت الرجل عن الشىء اذا منعته ولا يقال أوقفته الا فى لغة تميمية رديئة وهو عكس حبس. فان الفصيح فيه أحبس وأما حبس فلغة رديئة (١) ،

تعريفه فى لسان الشرع : وأما تعريف الوقف فى لسان الشرع فقد عرفه الفقهاء على النحو التالى :

(أ) عرفه الشافعية فقالوا - الوقف حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح موجود (٢) . فقوله حبس جنس فى التعريف يشمل كل حبس سواء أكان وقفا أم غيره واضافه حبس الى مال - من اضافة المصدر لمفعوله . قيد أول خرج به حبس غير المال مثل الخنزير والخمر وما اليهما يمكن الانتفاع به قيد ثان يخرج به مالا يمكن الانتفاع به مثل آلات اللهو: مع بقاء عينه قيد ثالث - يخرج به مالا تبقى عينه عند الانتفاع به - ولكنها تفنى به مثل الشمع والطعام - وما الى ذلك . بقطع التصرف فى رقبته بيان للحال التى يكون عليها قطع التصرف بأنه منع من التصرف فى الرقبة لا مطلقا - فلا يباع ولا يوهب ولا يورث . وقوله على مصرف مباح ليخرج الوقف على ماليس مباحا - مثل الوقف على الكنيسة أو أندية القمار والمنكر - فانه لايصح . موجود . شرط فى الموقوف عليه اذ لايصح الوقف على المعدوم .

(ب) وعرفه صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد - بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد (٣) . فقوله حبس جنس له كما مر - واضافة حبس الى عين ليخرج به حبس غير العين - كالمنافع - على حكم

. . . .

(١) المصباح المنير باب الواو والقاف وما يثلثهما جـ٢ ص ١٧١
(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٦ ط البابى الحلبى سنة ١٩٣٣
(٣) الهداية جـ٢ ص ١١ ط البابى الحلبى

ملك الله تعالى متعلق بحبس ومعنى كونه على حكم ملك الله تعالى أن تكون العين الموقوفة جارية على الوجه الذى تجرى عليه القرب . وأشار به الى أن العين تخرج عن ملك الواقف ولاتدخل فى ملك الموقوف عليه بل تصير ملكا للجماعة الاسلامية لان الله ملك السموات والارض ملكا وخلقا وابداعا وعبيدا . وقوله على وجه تعود منفعته على العباد بيان للكيفية التى يكون عليها الوقف

(جـ) وعرفه الحنابلة بأنه تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة[1] :

وتحبس يشمل كل تحبيس واضافة تحبيس الى أصل ليخرج تحبيس المنافع والمراد من تسبيل الثمرة اخراج المنفعة مخرج الصدقة وهذا التعريف يدل على أمرين الأمر الأول أن الوقف يكون للأصول لا للمنافع وأن المنفعة تكون للذين حددهم الواقف الأمر الثانى ان هذا التعريف لم يحدد لمن تكون ملك العين الموقوفة هل هى باقية على ملك الواقف أو خرجت الى حكم ملك الله تعالى كما هو مذهب الصاحبين أو انتقل بالوقف الى ملك الموقوف عليهم ؟ .

وهذا الاطلاق فى نظرى . مقصود . لان للحنابلة روايتين :

<u>الأولى</u> : أنه انتقل الى ملك الموقوف عليهم .

<u>والثانية</u> : أنه خرج الى حكم ملك الله تعالى وعلى ذلك فانه يؤخذ عليه أنه يوحى بأنهم يقولون ببقائه على ملك الواقف وهم لايقولون بذلك[2] .

(د) وعرفه الامام أبو حنيفة بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة[3] .

وتعريف أبى حنيفة يتضح منه ماهية الوقف عنده فانه يرى أن الوقف مثل العارية فى الجواز وعدم اللزوم . فللواقف أن يتصرف فى العين بالبيع والهبة وتورث عنه وما الى ذلك . من كافة التصرفات التى تكون للمالك على ملكه . ولا يقول بلزومه عنده الا فى ثلاث صور :

(١) أن يكون الوقف مسجدا (٢) أن يحكم به حاكم

(٣) أن يخرج مخرج الوصية .

....

(١) الشرح الكبير للمقدسى جـ٦ ص١٨٥ بهامش المغنى لابن قدامه

(٢) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٨٨

(٣) الهداية جـ٢ ص ١١

وهاتان الصورتان الثانية والثالثة لاتخرجان فى الحقيقة على جواز الوقف وانما تخرجان على قاعدتين أخريين غير الوقف أولاهما : قاعدة فقهية مقررة — وهى أن حكم الحاكم اذا صادف فصلا مجتهدا فيه فانه يرفع الخلاف فيما صادفه حسما لمادة النزاع — والثانية — أن كل تصرف مضاف الى مابعد الموت فهو وصية وأن الوصية بالمنافع لجهة الخير جائزة فالوقف فى الصورة الثالثة يخرج على أنه وصية (١) .

(هـ) وعرفه المالكية فقالوا — ان الوقف هو اعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه فى ملك معطيها (٢) . ومعنى التعريف اجمالا :

أن يعطى الواقف منفعة الدار الموقوفة — للموقوف عليهم اعطاء مستمرا مادامت الذات الموقوفة باقية على الا يؤثر هذا الأعطاء على بقاء الموقوف على ملك الواقف فهى مملوكة له بعد الوقف — كما كانت قبله وليس له التصرف فى العين بالبيع أو الهبة — أو ارثا .

سبب اختلاف الفقهاء فى الجهة التى تملك الموقوف :

من التعاريف السابقة يتبين لك اختلاف الفقهاء فى الجهة التى تملك العين الموقوفة فمنهم من يبقيها على ملك الواقف — مثل أبى حنيفة والمالكية مع اختلاف وجهة النظر بين كل منهما — ومنهم من يقول بخروجها عن ملك الواقف الى حكم ملك الله تعالى — ومنهم من قال انها تخرج الى ملك الموقوف عليهم .

وسبب خلافهم فى هذا الموضوع أمران الاول مايبدو من التعارض من الآثار الواردة فى الوقف وترجيح بعضها على بعض فى نظر الفقهاء . وسوف يتضح ذلك عند الكلام على حكم الوقف . الامر الثانى : اختلافهم فى فهم معنى الحبس أو التحبيس الوارد فى الخبر الذى يعتبر الاساس فى مشروعية الوقف — وهو — أن عمر رضى الله عنه أصاب أرضا من أرض خيبر فقال يارسول الله — أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى ؟ فقال — ان شئت حبست أصلها — وتصدقت بها . فتصدق بها عمر على أن لاتباع ولا توهب ولا تورث . فى الفقراء وذوى القربى وفى الرقاب والضيف وابن السبيل لاجناح على من وليها أن يأكل

. . . .

(١) وابن عابدين جـ٣ ص٣٩٤ والام للامام الشافعى جـ٣ ص ٢٨٠ ط دار الشعب
(٢) منح الجليل على مختصر خليل جـ٤ ص ٣٤ ط حجر

منها بالمعروف ويطعم غير متمول وفي لفظ غير متأثل مالا . رواه الجماعة[(١)] .

فمن رأى أن التحبيس - معناه - المنع والمنع عند الأطلاق ينصرف الى المنع من بقاء العين مملوكة كما ينصرف الى المنع من التصرف فيها لان اللفظ عند الأطلاق ينصرف الى الفرد الكامل: قال ان الرقبة تكون على حكم ملك الله تعالى

ويؤيد هؤلاء - قولهم - بما فهمه عمر رضى الله عنه من معنى التحبيس حيث قال لايباع ولايوهب ولايورث - ولأن قطع حق التصرف فى الاصل بأى تصرف تمليكى يدل على انقطاع حق الملكية[(٢)] - والى هذا الفهم - جنح الصاحبان - وجمهور الشافعيه ورواية لدى الحنابلة .

ومن قال - ان المراد بالحبس - هو الحبس الذى يحقق دوام المصرف ووصول المنفعة للمستحق وهو المنع من التصرف فى العين بالبيع والهبة وغيرها - قال - ان هذا ممكن مع بقاء العين على ملك الواقف على أن يكون ممنوعا من التصرف فيها وتكون المنفعة للموقوف عليهم على جهة اللزوم - وهذا ما ذهب اليه المالكية ومن قال ان الوقف سبب ينقل الملك الى من يصح تملكه من غير مانع يمنع من ذلك قال ان العين الموقوفة تنتقل الى الموقوف عليهم عينا ومنفعة - واليه جنح الحنابلة فى الرواية الراجحة عندهم - ومن قال - ان التحبيس الوارد فى الحديث مجاز عن التخصيص - والمعنى - ان شئت خصصت أصلها بأن يكون ربح العين ومنفعتها للموقوف عليهم - وهذا لا يستلزم منع المالك من التصرف فيما يملك قال - ان الوقف جائز غير لازم فيجرى مجرى العارية[(٣)] .

<u>مناقشة وترجيح :</u>

(أ) يمكن أن يرد على الصاحبين - ومن ذهب مذهبهما - ان المنع من التصرف لايقتضى زوال الملك عن مالكه وانتقاله الى ملك الله تعالى - فهناك كثيرون ممنوعون من التصرف - ولم يؤثر هذا المنع فى بقاء حق الملكية لهم فى أموالهم وذلك مثل الصبى - والمجنون - والسفيه - فهؤلاء مالكون اتفاقا ومع ذلك فهم

....

(١) نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٠ - ٢١

(٢) أحكام الاوقاف للشيخ عبدالوهاب خلاف ص ٧ ط ثالثه سنة ٩٥٤

(٣) انظر أحكام الوقف للشيخ عبدالوهاب خلاف ص ٨

فهم ممنوعون من التصرف الضار فى أموالهم — ولم يقل أحد ان أموالهم تنتقل على حكم ملك الله تعالى فكذلك الواقف .

(ب) ويمكن أن يقال للمالكية — وهن لفظهم — ما معنى أن تبقى العين على ملك الواقف مع منعه من كافة التصرفات فى رقبتها ؟ والتصرف فرع الملك — فحيث زال التصرف يزول الملك لان ماهية الملك لاتتحقق الا بالتمكن من التصرف بالفعل أو بالقوة وليس للواقف واحدا منهما .

ونفس هذا الأيراد يرد على من يقول ان العين الموقوفة تنتقل الى ملك الموقوف عليهم لأنه لا ثمرة لهذا الانتقال .

(جـ) ويقال لأبى حنيفة :

(١) ان بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف واباحة التصرف له فيها بالبيع والهبة يتنافى مع حقيقة الوقف .

(٢) ما هو الفرق بين الوقف مسجدا وبين غيره حيث قلت باللزوم فى الأولى دون الثانية ؟

<u>المختار :</u>

والذى أميل اليه هو القول بأن العين الموقوفة تخرج بالوقف على حكم ملك الله تعالى — وهو ما قال به الصاحبان — وجمهور الشافعية — وما اعترض به عليهم — من أن الصبى والمجنون والسفيه ممنوعون من التصرف مع بقاء الملك لهم مدفوع . لان هؤلاء منعوا من التصرف لمانع قام بهم من الجنون — والصبا — والسفه — ولعدم اهتدائهم الى وجه المصلحة فهم متصرفون بالقوة بمعنى أنه عندما يزول هذا المانع فيكبر الصغير ويفيق المجنون ويستقيم السفيه فى تصرفاته فانهم يتصرفون ولامانع يمنع من تصرفهم .

والوقف ليس كذلك . فان الواقف حين ألزم نفسه بوقف العين وألزم نفسه بعدم التصرف فى ذاتها اقتضى ذلك أن تنتقل العين الموقوفه الى ملك الله تعالى ولم تدخل فى ملك الموقوف عليهم لعدم فائدة تعود عليهم من جعل العين على ملكهم — حيث لاتصرف لهم فيها كما هو الحال مع الواقف — يؤيد ذلك ما جاء فى بعض الروايات حبيس مادامت السموات والارض ولا يكون كذلك الا اذا خرج عن الملك الخاص الى الملك العام .

المبحث الثاني

في

الدليل عليه ـ وحكمة مشروعيته

الدليل على الوقف من الكتاب والسنة :

أما الكتاب :

فقوله تعالى (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) (١) فقد جعلت الآية الكريمه نوال البر مغيا بغاية هى أن ينفق الانسان من أمواله المحبوبة لديه ابتغاء مرضاة الله عزوجل وقد كان الصحابة الأجلاء يتسابقون الى ذلك ويتنافسون فيه فيروى أنه حين نزلت هذه الاية قال أبو طلحة ـ يارسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى قد جعلت أرضى بيرحاء لله عزوجل فقال عليه السلام ـ اجعلها فى قرابتك قال فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى بن كعب (٢) .

وأما من السنة مايلى :

(أ) عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ـ اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة أشياء صدقة جارية أوعلم ينتفع به أو ولد صالح يدعو اليه (٣) .

فقد فسر كثير من العلماء الصدقة الجارية بأنها هى الوقف فدل ذلك على أن الوقف مندوب اليه وأن ثوابه مستمر بعد موت صاحبه .

(ب) وعن بن عمر رضى الله عنهما ـ أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال يارسول الله ـ انى أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى ؟ قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على أن لاتباع ولاتوهب ولاتورث فى الفقراء ـ وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول وفى لفظ غير متأثل مالا .

....

(١) الاية ٩٢ من سورة آل عمران (٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٦ وبيرحاء بفتح التحتانيه وفتح الراء ـ وفيها لغات أخرى ـ هى الارض الظاهرة المنكشفة .
(٣) المرجع السابق

فقد دل الحديث على أن الرسول عليه السلام أرشد عمر الى أن من أفضل ألوان البر ووسائل القربى وقف العين ابتغاء مرضاة الله تعالى حتى تقوم منفعتها بسد حاجات الطوئف التى قعدت بها السبل عن تحصيل العيش الكريم ـ والحصول على ضروورات الحياة .

والوقف بهذا المفهوم أحد الوسائل الفذة ـ التى يطارد بها الاسلام شبح الفقر ـ ويمسح بها ذل الحاجة ـ وما أكثر تلك الوسائل التى أنشأها الاسلام انشاء ليحاصربها الهوان ـ ويمحو بها الذل والمسكنة وما تشويح الكفارات على مختلف أشكالها وأسبابها والوصية والهبة والأقطاع بمعناه الاسلامى الوضعى ـ والحمى ـ الا تصديقا وبهذا يكون الاسلام لماتقول قد سبق كل المذاهب التى يتشدق بها أصحابها زورا وبهتانا بأنها أنصفت الطبقات العامله ورفعت الهوان عن الفقراء والمساكين .

لمحة تاريخية عن الوقف :

فكرة حبس العين عن التمليك ـ والتملك ـ وجعل منفعتها مخصصة لجهات معينة عرفت من قديم فقد عرفها قدماء المصريين وعرفت بما يقرب منها عند الرومان ففى مصر كانت ترصد الاقطاعيات على الالهة والمعابد والمقابر وعرف قدماء المصريين كذلك حبس الأعيان ورصد عمنها على الأسرة أوعلى الأولاد ـ ومن بعدهم من أولاد الأولاد ينتفعون بغلتها دون أن يملك أحدهم التصرف فى أعيانها تصرفا يثبت للغير ملكية فيها ـ وكانو يشترطون أن تكون ادارة هذه الأحباس للابن الأكبر من كل طبقة وكانت هذه الاحباس تنشأ بعقود ينص فيها صراحة على عدم جواز التصرف فى المال (١) .

أما عند الرومان فقد عرفوا هذا النوع من الاحباس عندهم باسم نظام المؤسسات الدينية وهو يهدف الى رعاية دور العبادة وسد حاجات الفقراء (٢) .

أما العرب فانهم لم يعرفوا هذا النوع من الاحباس ولعل ذلك راجع الى أن مجتمعهم يتكون فى معظمه من القبائل التى تجوب البوادى طلب للماء والمرعى

....

(١) انظر محاضرات فى الوقف للشيخ محمد أبو زهرة ص ٧ ومابعدها

(٢) انظر الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى للدكتور صوفى حسن أبو طالب ص ١٤٩

فقلما تستقر فى مكان واحد فترة طويله وفكرة الحبس لاتكون الا حيث الاستيطان والاستقرار الدائم ــ لذا لم يعرف هذا النظام لديهم قبل الاسلام .

وقد نقل عن الامام الشافعى قوله ــ لم تحبس الجاهليه ــ ويقول النووى ــ هو من خواص الاسلام (١) .

وأول وقف حصل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ هو وقف ما أوصى به مخيريق اليهودى الذى أسلم وقاتل فى غزوة أحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان قد قال ان قتل فأمواله للرسول يضعها حيث يشاء فلما قتل قبضها الرسول صلى الله عليه وسلم وتصدق بها صدقة غير منجزة بدليل ماروى عن عمر بن عبدالعزيز رضى الله عنه أنه كان يقول فى خلافته (بخناصرة) (٢) سمعت بالمدينة والناس يومئذ بها كثير من مشيخة من المهاجرين والانصار أن حوائط رسول الله صلى الله عليه وسلم السبعة التى وقفت من أموال مخيريق (٣) ــ وكذلك وقف أرض بنى النضير التى أفاء الله عليه فقد روى عن عمر بن الخطاب قال كان لرسول الله ثلاث صفايا ــ وكانت بنو النضير حبسا لنوائبه وكانت فدك لابن السبيل وكانت خيبر قد جزءها ثلاثة أجزاء فجزءان للمسلمين وجزء كان ينفق منه على أهله ــ فان فضل فضل رده على فقراء المهاجرين (٤) ــ وهذا أحدا أقوال فى المسأله وقد سبق أن ارتضينا أنها من الأراضى المملوكة للدولة وكذلك فعل الخلفاء فقد حبس أبو بكر دارا كانت له بمكة وتركها فلا يعلم أنها ورثت عنه ــ ولكن كان يسكنها من حضر من ولده وولد ولده ونسله بمكه ولم يتوارثوها (٥) .

وكذلك وقف عمر رضى الله عنه من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم المدينة وجد أرضا واسعة الزهرة وأرضا براح ــ كان قد جلى عنها أصحابها قبل مقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد مقدمه وتركوا هذه الأراضى منها براح ومنها نابته واد يقال له وادى الخشاشين (٦) . وكان الانصار قد جعلوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل أرض موات أو لا صاحب لها يتصرف فيها كيف يشاء

. . . .

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٧٥ (٢) بخناصره قرية من قرى الشام
(٣) أحكام الاوقاف للامام الخصاف ص ١، ٢ (٤) المرجع السابق ص ٣
(٥) أحكام الاوقاف ص ٥
(٦) براح جمع براح أى واسعة والخشاشين جهلان بقرب المدينة

فأعطى عمر بن الخطاب ثمنا واشترى عمر ثمالا فضمه الى ما أعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان لى مالا أحبه فقال عليه السلام احبس أصله وسبل ثمرته ففعل (١) .

وهكذا لم يكن أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا مال الا وقف ابتغاء مرضاة ربه وطلبا لمثوبته يقول جابر بن عبدالله لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ذا مال الا وقف (٢) .

وأما بالنسبة لمصر فان الوقف فيها ظل مقصرا على الدور والحوانيت حتى الدولة الأخشيدية يقول المقريزى ان الاحباس لم تكن الا فى الرباع ومايجرى مجراها وأما الأراضى فلم يكن سلف هذه الامة يتعرضون لها حتى ان احمد بن طولون لما بنى الجامع والمارستان والسقاية وحبس على ذلك الاحباس الكثيرة لم يكن فيها سوى الرباع ونحوها بمصر ولم يتعرض لشئ من أراضى مصر وأول وقف عرف فى الأراضى والبساتين كان وقف أبى بكر المارداني فقد حبس أراض له على الحرمين الشريفين وبعض جهات البر ثم حبس غيره من بعده - ولعل الأحجام عن وقف الأراضى الزراعية هذه المدة الطويلة كان لأن الأراضى المصرية كانت تعتبر كما تعتبر أراضى العراق والشام ملكا للجماعة الاسلامية كلها - ويد الزرارعين عليها ليست يد ملك بل يد استئجار ومايصل الحاكم من خراج انما أجرة لها أو فى معناها (٣) .

وما أن كثرت الاوقاف فى الأراضى الزراعيه حتى طمع الولاة فى الاستيلاء عليها وأخذوا فى وضع أيديهم عليها بزعم أنها مملوكه لهم: من ذلك ما قام به الناصر ابن محمد بن قلاوون من محاولة الأستيلاء على النصف من أحباس المساجد . الا أنه مات قبل أن يتم له ما أراد (٤) . واتخذوا من جواز الاستبدال لعين الوقف طريقا للأستيلاء عليها . وقد حاول الظاهر بيبرس أن يستولى على كل أرض لا يوجد مع صاحبها سند لملكيتها فقد طالب كل مالك لعقار أن يقدم المستندات الدالة على تملكه لهذا العقار - فان وجد مستندا ثابتا تركها وان لم يجد مستندا -

. . . .

(١) أحكام الاوقاف للخصاف ص ٥ (٢) المرجع السابق - المغنى لابن قدامة ج٦ ص١٨٥
(٣) انظر محاضرات فى الوقف للشيخ أبو زهرة ص ١٦
(٤) الخطط للمقريزى جـ ٤ ص ٨٣ وما بعدها

وكان ذلك هو الكثير الغالب استولى عليها ولكن الامام النووى قام فى وجهه وقاد حمله من العلماء قصدت له فى اصرار وقوة فى الحق لاتخشى فيه لومة لائم حتى استطاع أن يوقف السلطان عندحده ويرده عن غيه وبقيت الأراضى بما فيها أراضى الوقف على ما هى عليه (1) .

ومنها كذلك مافعله محمدعلى حيث جعل الارض ملكا له ولم يجد من يقف فى وجهه وقفة الشيخ النووى فاستولى على أوقاف المساجد وجهات البر بل انه قد وجد من المفتيين من يتذرع برأى الامام أبى حنيفة القائل بعدم لزوم الوقف ليبرر له فعله فقد أفتى مفتى الاسكندرية وهو الشيخ الجزايرى رحمه الله تعالى بعدم جواز الوقف وربما ساعده على ذلك ماتفشى من اتخاذ أكثر الأمراء والأغنياء الوقف ذريعة لحرمان الورثة أو بعضهم والهرب من الوفاء بالدين الى غير ذلك من الأغراض التى تتصادم مع روح التشريع الاسلامى ومبادئه .

لذا تذرع محمد على بهذه الفتوى وأصدر أمرا فى التاسع من رجب سنة ١٢٦٢ هـ ذكر فيه أن الوقف قد صار ممنوعا لاجل منع أرباب الفرض من أغراضهم الفاسده وضررهم للميرى والأهالى ورعاية للفتوى الشريفة .

وبعد محمد على أخذ الوضع يعود الى ماكان عليه تدريجيا حتى صدر أمر عال فى ١٥ ابرايل سنة ١٨٩١ . باعطاء الملكية التامة فى الأطيان وصار الوقف مباحا للجميع فأمعن الناس فى الوقف على ذراريهم كرد فعل للمنع السابق — وقد كان الواقفون يخرجون فى كثير من الاحيان بأوقافهم عن الهدف الذى رسمته الشريعة والذى ينبغى أن يسعى اليه الواقف بوقفة من طلب القربة والتعاون على البر والتقوى وسد حاجات الفقراء الخ .. الى تحقيق مآرب شخصية ضد فئة من الورثة أو تفضيل الذكور على الاناث . حتى انبعثت أصوات نتيجة لهذا الانحراف بالوقف فى مجلس النواب المصرى سنة ١٩٢٦ تدعوا الى اصلاح الوقف بل تطرف بعض النواب فطالب بالغاء الوقف نهائيا متذرعين بالمساوئ التى نشأت عن سوء التطبيق

....

(1) محاضرات أبى زهرة ص٢٠ — ٢٢

ولم يكن لعيب فى النظام نفسه • ولقد تشعب الاخذ والرد بين المؤيدين والمعارضين حتى صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم الاوقاف وكانت أبرز سمات هذا القانون هى :

(أ) جعل الوقف على ماعدا المساجدا وقفا غير لازم اخذا بمذهب الامام أبى حنيفة وأن الوقف الاهلى أو الوقف على الذرية لايكون الا مؤقتا •

(ب) عدم اعتبار شروط الواقفين التى لاتتفق ومقاصد الشريعة •

(جـ) جواز انهاء الوقف المؤبد اذا تخرب جزء منه أو تخرب كله ولم تكن عمارته ممكنة أو استبداله كذلك •

(د) حماية الورثة من ظلم الواقفين حيث حمى حق الزوجين والذرية فى الثلثين اذا أقدم الواقف على وقف ماله كله •

(هـ) حماية المستحقين والاعيان الموقوفة من نظار الوقف فمنع الاستدانة على الوقف الا باذن من المحكمة •

وأن لايحتجز شئ من صافى ريع الأراضى الزراعية لاصلاح هذه الأراضى الا باذن من المحكمة أيضا ـ وظل الأمر على هذا الحال حتى قامت ثورة سنة ١٩٥٢ فأصدرت القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فألغى الوقف الاهلى ـ ثم عدل بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ فجعلت النظارة على الاوقاف الخيرية كلها لوزارة الأوقاف ما عدا أوقاف غير المسلمين ثم صدر تعديل آخر بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ حيث جعل هذا التعديل من حق وزارة الاوقاف أن تغير مصادر الوقف مادام التغيير لجهة خير وبعد ـ فقد يقول قائل ومادام الوقف قد ألغى بالنسبة للوقف الاهلى ـ وأصبح من حق وزارة الأوقاف أن تغير فيه على نحو ما سبق •

فلماذا التعرض لدراسته ؟ أفلا تكون دراسته والحال كذلك غير مفيده ؟ ولكننى أقول ان هذا لايمنعنا أن ندرسه ككل أو كمصدر من مصادر الملكية فالألغاء أو عدم الألغاء لظروف عارضة فقد نجد ظروف وأسباب أخرى تستدعى العمل به والاخذ بأحكامه لان العيب لم يأت من النظام نفسه بل جاء من سوء التطبيق وعدم بث الوعى المستمر بأهداف الوقف وأغراضه •

ولو أن الدولة قامت ببذل مجهود فى سبيل التوعيه بأهداف الوقف ووضعت الوسائل والأساليب التى تكفل تأديته مهمته على نحو ما تبذل من أجل انجاح بعض المفاهيم الجديدة واثبات صلاحيتها لادى الوقف كما كان يؤدى دائما خدمات جليله فى ميدان الاصلاح الاجتماعى وفى مختلف الميادين الاخرى فمثلا نظام مايسمى فى الاقتصاد بالقطاع العام - انه يخسر كل يوم آلاف الجنيهات بل ملايين الجنيهات فى كل مجال وكل موقع - وتعلن كل يوم مآس على صفحات الجرائد ثم سرعان ما يعزى ذلك الى سوء التطبيق وانه ليس عيبا فى النظام نفسه فاذا كنا نفعل ذلك مع تجارب وافده قد تنجح وقد تفشل - لأنها لم تثبت كفاءتها بعد لدى الذين اقترحوها . أفلا يكون من حق مفاهيمنا الأصيله علينا - أن نقوم نحوها ببعض هذا الحق ؟ أظنها جديدة بذلك .

شبهة - مردودة :

لقد أثار المغرضون والحاقدون على الفقه الاسلامى شبهة على نظام الوقف حيث قالوا انه ليس نظاما أصيلا فى الاسلام وانما قام الفقهاء المسلمون بنقله عن القانون الرومانى فقالوا ان الوقف الخيرى منقول عن نظام المؤسسات الدينية فى القانون الرومانى - وأن الوقف الاهلى منقول عن نظام يسمى بنظام الاستئمان - فأما نظام المؤسسات فقد أشرنا اليه عند الكلام على وجود الحبس فى القانون الرومانى - وأما نظام الأستئمان . فمعناه (أن يوصى شخص بماله أو بجزء منه الى شخص آخر ويكلفه فى نفس الوصية أن يرد ذلك المال كله أو بعضه بعد استيفاء جزء منه - الى أشخاص معينين له فى الوصية - وقد بنوا هذا الزعم الخاطئ على أمرين - الأمر الأول أن نظام الوقف لم توضع قواعده ولا شروطه التى هو عليها الآن إلا فى القرن الثانى الهجرى .

الأمر الثانى - أن القانون الاسلامى قد حل محل القانون الرومانى فى بلاد الشام ومصر وغيرهما من البلاد التى كانت تحت الحكم الرومانى - ثم كان التأثر حيث لايجد القاضى المسلم أو المفتى المسلم نصا يحكم محل النزاع المعروض عليه فيلجأ لأعمال العرف والعادة السائدين فى هذه البلاد .

وهذا مدخل يمكن من خلاله أن يطبق فى كثير من الأحيان على كثير من الأحكام الشرعيه ويسلبها أهم خصائصها وهو الأستقلال وعدم التبعيه .

وهذه مغالطة مفتوحة قصد بها النيل من التشريع الاسلامى فانه بالنسبة للأمر الأول وهو أن قواعد الوقف وشروطه لم تنشأ إلا فى القرن الثانى الهجرى فلقد مر بنا — فى الكلام على دليل الوقف أنه موجود منذ وجود الرسول صلى الله عليه وسلم وثابت عنه قولا — وفعلا وتقريرا — وبه أخذ الخلفاء من بعده — وأنه نظام استحدثه الاسلام ولم يكن موجودا لدى العرب لان نظام معيشتهم نظام قبلى لايتسم بالاستقرار فى مكان معين .

وأما بالنسبة للأمر الثانى — وهو التأثر عن طريق الأعراف والعادات التى كانت موجودة لدى الشعوب التى آل أمرها الى الحكم الاسلامى خلفا للحكم الرومانى — فان هذا مجرد تشابه فى الجزئيات وهو ليس دليلا على التأثر فقد يكون نتيجته الى وصول المجتمعين المحكومين بهذين النظامين الى درجة واحدة من المدينه والحضارة وهى نتيجة للقوانين الطبيعية التى تسود العلوم الاجتماعية وقد يكون مرجعه الى أن العقل السليم تتشابه ألوان تفكيره فى كثير من الأحيان دون أن يكون هناك تقليد أو تأثر — أى أنه من وقع الحافر على الحافر كما يقولون .

يقول الدكتور صوفى حسن أبو طالب — (فالشريعة الاسلامية قد طبقت فى البلاد التى انتزعت من أيدى الرومان فكان من الطبيعى أن تتطور القواعد القانونية لتلائم الظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديده — وكان من الحتمى على فقهاء المسلمين أن يحاولوا استنباط حلول تحكم العلاقات القانونية الموجوده فى تلك البلاد ثم يقول وهذا يؤدى الى أن القاضى المسلم قد يصل فى استنباطه قاعدة ملائمة لحل النزاع المعروض عليه يكون قد وصل اليها قبله القاضى الرومانى فتتشابه القاعدتان — ولكن كيف — وبأى وسيلة استطاع كل منهما الوصول لتلك القاعدة ؟ هنا يظهر الفارق بين النظامين القانونيين اذ كل منهما يلتزم بالرجوع الى أصول تشريعية — واستعمال طرق البحث والاستنباط للحلول التى أقرها قانونه .

فان كانت تلك الأصول والطرق مختلفة دل على استقلال كل من التشريعين بالنسبة للآخر بالرغم من اتفاقهما فى بعض الحلول والجزئيات (١) .

ولا شك أن مصدر الفقه الاسلامى وطرق تفسيره تختلف عن مصادر وطرق تفسير القانون الرومانى .

فمصدر الفقه الاسلامى محصور فى الكتاب والسنة باعتبارهما المصدرين الاساسين – واليهما يرجع الاجماع – والقياس – والاستحسان – والمصالح المرسلة – والعرف – وطرق تفسير الفقه الاسلامى – ضمنها العلماء – علم أصول الفقه .

وأما مصادر القانون الرومانى – فهى تعتمد أساسا على العرف والقرارات الصادرة عما كان يسمى عندهم بمجالس العامة – والدساتير الأمبراطورية – وفتاوى فقهاء القانون . وغير ذلك .

وأما طرق تفسيره فكانت تتركز فى سلطة الأمبراطور – فى تفسير القواعد القانونية – والسلطه القضائيه – والقياس .

وهناك فرق جوهرى وهو أن مصدر الشريعة الاسلامية سماوى ولها سماتها العالميه الشاملة التى تسع الناس جميعا رحابها .

بخلاف ما كان عليه القانون الرومانى اذ هو نتاج العقل البشرى وقد كان محدود التطبيق على الرومان وحدهم أولا . ثم اتسع نطاق تطبيقه بعد ذلك ليشمل الأيطاليين ثم اتسعت الدائرة بعد ذلك فشملت رعايا الأمبراطورية الرومانية جميعا بعد منحهم الجنسية الرومانية (٢) .

من هذا العرض لمصدر كل من الفقه الاسلامى وطرق تفسير ومصار القانون الرومانى وطرق تفسيره يتضح لنا – أنها مختلفة تمام الاختلاف ولاتشبه احدهما الاخرى .

وأن القول بأن الفقه الاسلامى متأثر فى نظام الوقف بالقانون الرومانى دعوى عارية عن الدليل – وخالية من المنطق – يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم – ويأبى الله الا أن يتم نوره ولو كره الكافرون .

....

(١) بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى للدكتور صوفى حسن أبوطالب ص ١٤٩ – ١٥٠

(٢) المرجع السابق ص ١٠٠ – ١١٩

المبحث الثالث

الوقف بين البطلان ـ والجواز ـ واللزوم

اختلف الفقهاء فى حكم الوقف وكان خلافهم فيه على ثلاثة أقوال :

(١) القول الأول : يرى أن الوقف باطل ـ واليه ذهب شريح القاضى واسماعيل بن اليسع الكندى (١) وحكى عن ابن عباس وابن مسعود .

(٢) القول الثانى : يرى أنه جائز غير لازم ولا يلزم الا فى ثلاث صور اذا كان الوقف مسجدا (٢) أن يقضى به حاكم (٣) أن يخرج مخرج الوصية (٢) .

واللزوم فى مسألة قضاء الحاكم واخراج الوقف مخرج الوصية لا يتخرجان على جواز الوقف وانما يتخرجان على قاعدتين أخريين غير الوقف ـ القاعدة الأولى ـ هى القاعدة الفقهية القائلة ان حكم الحاكم ـ اذا كان فى حكم مختلف فانه يرفع الخلاف حسما لمادة النزاع ـ الثانية ـ أن كل تصرف مضاف الى ما بعد الموت وصية ـ والوصية بالمنافع لجهة من جهات البر جائزة فالوقف فى هذه الصورة ـ الثالثة ـ يخرج على أنه وصية . واليه ذهب أبو حنيفة وزفر (٣) .

(٣) القول الثالث : يرى أن الوقف تصرف لازم اذا صدر من أهله مستوفيا لجميع شروطه فلا يتمكن الواقف من الرجوع فيه وليس لورثته حق تملكه بوجه من الوجوه ـ واليه ذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين (٤) .

الأدلـــة :

وقد استدل كل على ما ذهب بأدلة نوردها على النحو التالى :

أولا : أدلة الرأى الاول القائل بالبطلان : استدل شريح ومن لف لفه بمايلى :

(أ) عن ابن عباس رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

....

(١) كان قد ولى القضاء بمصر فى عهد الخليفة المهدى العباسى ـ وقد عزل عن القضاء لقوله بهذا القول بعد أن شكاه الى الخليفة ـ امام مصر الفقيه الليث بن سعد .

(٢) الهداية شرح البداية جـ٢ ص ١١ (٣) انظر بن عابدين جـ٣ ص ٣٩٤ ـ والام للامام الشافعى جـ٣ ص ٢٨٠ ط دار الشعب والهداية جـ٢ ص ١١

(٤) راجع المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٨٥ ـ ١٨٦ والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٩٧ وحاشية الدسوقى عليه .

لما نزلت آيات الفرائض قال لاحبس عن فرائض الله (1) .

ووجه الدلالة منه - أن حبس العين بوقفها ومنع التصرف فيها وعدم انتقالها الى الورثة فيه حبس عن فرائض الله تعالى - والحبس عن فرائض الله منهى عنه فيكون باطلا .

(ب) ماروى عن المسور بن مخرمة قال حضرت عمر بن الخطاب حين قرأ كتاب صدقاته وعنده المهاجرون فتركت وأنا أريد أن أقول ياأمير المؤمنين انك تحتسب الخير وتنويه وأنا أخشى .. أن يأتى رجال قوم لايحتسبون مثل حسبتك ولا ينوون مثل نيتك فتنقطع المواريث .

ثم استحييت أن أفتات على المهاجرين وانى أظن لو قلت ذلك ما تصدق منها بشئ .

والوجه منه أن المسور كان يرى أن الوقف غير جائز وأنه كان يتوقع من عمر أن يقره على فهمه لو قال له مايدور بخلده .

<u>مناقشة أدلة هذا المذهب</u> : وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتى :

(أ) أما الحديث الاول فانه مردود من ناحيتين - الأولى - من ناحية السند . اذ هو من رواية ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان عند المحدثين -

الثانية - أى أنه حتى على فرض سلامة اسناده فهو منسوخ بأوقاف الصحابة باقرار النبى صلى الله عليه وسلم أو باذنه كما حدث مع عمر رضى الله عنه فان وقف عمر كان بعد خيبر - وآيات المواريث كانت فى السنة الثالثة بعد أحد .

سلمنا أنه غير منسوخ - ولكن المراد به ليس هو الحبس المراد به الوقف بل المراد ابطال ما كان عليه أهل الجاهلية فقد كانوا لايورثون النساء ولا الأطفال ويقولون انما يوث من يحمل السلاح ويدافع عن الحوزة فكان النبى صلى الله عليه وسلم يقول بعد نزول آية الفرائض وبيان الله تعالى أنصباء الورثة لافرق بين الذكر والأنثى من حيث الاستحقاق ولا بين صغير ولاكبير فلا يحق لاحد أن يمنع وارثا من

....

(1) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٣ - وانظر الام للامام الشافعى جـ ٣ ص ٢٨٠ - وبيان العلماء بشأن الوقف ط سلفيه سنة ١٩٣٤

حقه أو يحبسه عنه بعد الذى بين فى كتاب الله تعالى . يؤيد ذلك انه لو كان الوقف من الحبس عن فرائض الله تعالى - لوجب المنع من الصدقة وسائر التبرعات الاخرى كالهبة .

بل ومن جميع التصرفات التى يتضرر بها الوارث فيما بعد اذ فى الكل حبس عن فرائض الله تعالى . على هذا المعنى ولاقائل به شرعا بل لا يعقل القول به (١) .

أو يقال ان المراد بالحبس المنهى عنه ما كان عليه أهل الجاهلية من حبس البحيرة والسائبة والوصيلة وهذه الاصناف قد جاء ابطالها فى كتاب الله عز وجل بقوله تعالى (ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصلة ولا حام (٢))

ثم يقال - لهؤلاء كيف يكون هذا حبسا عن فرائض الله تعالى - والواقف يجرى الوقف فى حياته ولا فريضة لاحد اذ ذاك حتى يقال انه حبس عن فرائض الله تعالى .

ولا يقال ان الحديث عام فى الأنواع التى ذكرت كلها لأنه نكرة فى سياق النهى وهى تفيد العموم اذ يرد على ذلك بأنه حتى على فرض تسليم العموم فانه مخصوص بالأدلة التى وردت فى الحبس بمعنى الوقف من حديث عمر والأدلة التى سيذكرها المجيزون .

(ب) ويرد الأثر الوارد عن المسور بين مخرمة بأنه من رواية الواقدى والواقدى طعن فيه أئمة الحديث بما يجعل روايته التى ينفرد بها غير موثوق بها لاسيما اذا كان الامر يتعلق ببناء الاحكام التى يعول فيها على من يعتمد بروايته (٣) هذا من ناحية السند .

....

(١) المرجع السابق (٢) البحيرة هى الناقة التى تنتج خمسة أبطن آخرها ذكر فتبحر أذنها - أى تشق ويمتنعوا من نحرها وركوبها . ولا تطرد عن ماء ولا تمنع من مرعى - والسائبة هى الناقة التى تنتج عشرة أبطن اناث فتهمل ولا تركب ولا يجز وبرها ولا يشرب لبنها الا ضيف - وقيل هى التى تسيب للاصنام فتعطى للسدنة ولا يطعم من لبنها الا أبناء السبيل والوصيلة الشاة تنتج سبعة أبطن عناقين عناقين فاذا ولدت فى آخرها عناقا واحديا قيل وصلت أخاها فلا يذبحون أخاها من أجلها واذا ولدت ذكرا قالوا هذا قربان لآلهتنا - والحامى - الفحل عشر اذ القمح - ولد ولده فيقولون قد حمى ظهره فيهمل ولا يطرد عن ماء ولا مرعى - وقيل الفحل يولد من ظهره عشرة أبطن فيقولون حمى ظهره فلا يحمل عليه ولا يمنع من ماء ولا مرعى .
(٣) انظر بيان العلماء ص ٣٧

وعلى فرض السلامة من ناحية السند فانه مردود لان القول المنسوب اليه هو شئ خطر لـه - ولم يبلغ أن يكون رأيا قائما ولوكان رأيا قائما معزوما عليه لما وسعه الا أن يجهر به عند عمر اذ الشأن والمعهود من الصحابة والتابعين أنهم لايسكتون على أمر يتعلق بالأمور العامه التى تمس الدين من قريب أو بعيد والحل والحرمة .

وعلى فرض أنه كان رأيا للمسور معزوما عليه فليس حجه - اذ لا يعدو أن يكون رأيا له - ورأى الصحابة حجة فيما كان محل اتفاق بينهم وما معنا ليس كذلك (١) .

<u>ثانيا : أدلة القائلين بالجواز وعدم اللزوم وهو أبو حنيفة ومن معه استدلوا بمايلى:</u>

(أ) بماروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال - : [illegible] عن وقفه الذى ذكره لرسول الله صلى الله عليه وسلم لولا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله صلى الله عليه وسلم لرددتها . فهذا القول من عمر يدل على أنه لامانع من الرجوع فى الوقف وأن الذى منع عمر من الرجوع أنه ذكر وقفه لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأن الرسول عليه السلام قد فارقه على أمر فلم يشأ عمر أن يغيره وذلك من تمام الوفاء للصحبه ومن أسمى آيات البر والمحبة (٢) .

(ب) ماروى أن حسان بن ثابت رضى الله عنه باع نصيبه من وقف أبى طلحة - وكان أبو طلحة قد سمع قول الله عزوجل لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون (٣) . فقال يارسول الله - ان الله يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالى الى بيرحاء وانها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها حيث أراك الله تعالى - فقال بخ بخ ذلك مال ربح (٤) - وانى أرى أن تجعلها فى الاقربين فقال أبو طلحة - أفعل - على المضارع - وهو الصحيح - أى أفعل ذلك استجابة وتنفيذا لامرك يارسول الله - وقيل على صيغة الطلب - وكان أبا طلحة يطلب من الرسول أن يفعل بها مايريد ذلك يارسول الله فقسمها أبو طلحة وفى رواية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أقاربه وبنى عمه (٥) - فهذا

....

(١) الاسنوى جـ٣ ص ١٧١ (٢) نيل الاوطار جـ٦ ص ٢٣

(٣) الآية ٩٢ من سورة آل عمران (٤) هذه الجملة تفخيم للأمر واعجاب به

(٥) فتح البارى جـ٥ ص ٢٩٦ ، ونيل الاوطار جـ٦ ص ٢٣

الخبر يدل على أن حسان قد قام ببيع نصيبه من الوقف الذى وقفه عليه أبو طلحة فلو لم يكن جائزا ما أقدم عليه حسان ـ وما كان لمثل حسان رضى الله عنه أن يخالف أمرا أقرته الشريعة وجرى عليه عمل الصحابة أما وقد باع نصيبه دل ذلك على أن الوقف غير لازم وللواقف التصرف فيه .

(جـ) ان الرسول عليه السلام حين قال لعمر فى بعض الروايات ان شئت حبس أصلها فاسناد الفعل لمشيئة عمر دليل على أنه حر له أن يقف أولا يقف ولا معنى لعدم اللزوم الا هذا .

مناقشة هذه الأدلة :

ولقد نوقشت أدلة أبى حنيفة ـ ومن رأى رأيه بما يلى :

(أ) يرد الأثر الوارد عن عمر من ناحيتين ـ الأولى ـ من ناحية السند ذلك أن الخبر مروى عن الزهرى ـ والزهرى لم يدرك عمر ـ ولم تذكر الواسطة بينهما ـ الثانية ـ وعلى فرض السلامة من ناحية السند ـ فان بعض العلماء ـ قد وصفه بأنه كذب يقول ابن حزم ـ وأما الخبر الذى ذكروه عن مالك ـ وهو قول عمر ـ لولا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله صلى الله عليه وسلم لرددتها فمنكر وبلية من البلايا ـ وكذب بلاشك ـ ولا ندرى من رواه عن يونس ولا هو معروف من حديث مالك ونحن نبت ونقطع بأن عمر رضى الله عنه لم يندم على قبوله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وما اختاره له من تحبيس أرضه . وتسبيل ثمرتها ـ والله تعالى يقول ـ وما كان المؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم (1) ـ وليت شعرى الى أى شىء كان يصرف عمر تلك الصدقة لو ترك ما أمره به رسول الله صلى الله عليه وسلم حاشا لعمر من هذا (2) .

ولقد يقال ـ ان الندم لم يكن على الامتثال لمشورة الرسول ـ أو على الوقف ـ بل كان لأن الناس سوف يحتجون بعمله ويتذرعون به الى حرمان ورثتهم من الميراث بغير مسوغ شرعى ـ ولعله شاهد بوادر ذلك فى حياته فندم وتمنى لو

. . . .

(1) الآية ٣٦ من سورة الاحزاب (2) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١٧٨ ـ وانظر بيان العلماء فى حكم الشريعة فى الوقف ص ٢٠

يذكر صدقته لرسول الله صلى الله عليه وسلم لأجل ذلك .

والجواب عن ذلك — أن الذرائع التي يتمكن بها الكثيرون ممن لا اخلاق لهم كثيرة فليست قاصرة على الوقف حتى يكون المنع من لزوم الوقف منعا لها كلها — ولو أن عمر رضى الله عنه رأى بوادر ذلك .

ما سارع الى القاء اللوم على الأحكام الشرعية وتحميلها وزر كل انحراف بل كان الذى يسارع اليه هو . البحث عن الداء — واستئصاله واعطاء الأمة المناعة اللازمة عن طريق التأديب وتقويم النفوس من الداخل حتى تستقيم نظرتها للأحكام ولا تأخذها من الوجهة التى تخدم وجهة نظرها — ومن يأخذ كلام عمر على هذا النحو كمثل هؤلاء الذين يلقون عبء التأخر الاجتماعى — وانحلال القيم فى النفوس على بعض التشريعات الراسخة ويتخذون ذلك ذريعة لتشويه جمالها وطمس حقيقتها كمن يطالب بتقييد الطلاق وتحريم التعدد . وتحديد النسل الى آخر هذا الهروب من الداء الحقيقى — والعلاج الأصيل الكامن فى أخذ الامة كلها بالتعاليم الاسلامية فهذا هو طريق العلاج المستقيم الناجح .

وحتى على فرض التسليم بصحة هذا القول من عمر . وحمله على ما حمله عليه المستدلون به فان قول عمر هو قول صحابى — وأقوال الصحابة وأفعالهم لا حجة فيها على الصحيح فيما للرأى فيه مجال .

وعلى فرض التسليم بحجية قول الصحابى فان قول عمر لا يقوى على معارضة الاحاديث التى بلغت مبلغ الشهرة المستفيضة التى أثبتت لزوم الوقف كما سيأتى فى أدلة الجمهور .(1)

(ب) ورد الدليل الثانى . أولا . بأن صدقة أبى طلحة التى باع حسان نصيبه منها لم تكن صدقة محبسه (وقفا) بل كانت صدقة منجزة — يؤكد ذلك — أن الحديث الذى ورد فيها لم يرد فيه ما يدل على أنها وقف . جاء فى فتح البارى وقد استدل بهذا الحديث على مشروعية الوقف يقول الحافظ ابن حجر لا حجة فيه

....

(1) انظر الاسنوى شرح منهاج الوصول جـ ٣ ص ١٧١ ، نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٣

لاحتمال أن تكون صدقة أبى طلحة صدقة تمليك قال وهو ظاهر سياق ابن الماجسون ابن اسحاق يعنى في رواية البخارى (١) .

ثانيا : على فرض التسليم أن صدقة أبى طلحة صدقة حبس موقوفة لا صدقة تمليك وأن حسان فعل ذلك فليس فيه حجة - اذ هو فعل صحابى وهو ليس حجة كما سبق القول على أنه قد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم قد أنكروا على حسان ما أقدم عليه من البيع ف في صحيح البخارى في باب من تصدق الى وكيله ثم رد الوكيل عليه أنه قال بعد أن ذكر الحديث فتصدق به أبو طلحة على ذوى رحمة قال وكان منهم حسان وأبى قال وباع حسان حصته منه من معاوية فقيل له أتبيع صدقة أبى طلحة ؟ فقال ألا أبيع صاعا من تمر بصاع من دراهم ؟ فأنت ترى أنه قد أنكر عليه بيعه هذا بعض من حضره ولم يكن جواب حسان مبنى على استدلال شرعى بل انه وجد الصفقة رابحة ربحا مغريا فأمضاها .

(ج) ورد الأستدلال - الثالث - بأن الخيار الذى أسنده الرسول الى ارادة عمر - انما هو تخيير بين الحبس وعدم الحبس فهو حر فى بادئ الأمر فى أن يقف أو لا يقف فاذا اختار الوقف وأمضاه فانه يقع لازما بمجرد انشائه فقد جاء فى بعض الروايات حبيس مادامت السموات والارض لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا معنى للزوم الا هذا (٢) .

ثالثا : أدلة أصحاب القول الثالث :

وقد استدل الجمهور على ما ذهبوا اليه من لزوم الوقف بما يلى :

(أ) مارواه البخارى فى صحيحه عن ابن عمر رضى الله عنهما - أن عمر بن الخطاب - أصاب أرضا بخيبر فأتى النبى صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال - يارسول الله - انى أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى به ؟ قال - ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها - قال فتصدق بها عمر انه لايباع ولا يوهب - ولا يورث وتصدق بها فى الفقراء والقربى وفى الرقاب وفى

....

(١) محل فتح البارى جـ ٥ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ ط أولى - وانظر نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٩

(٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢١

سبيل الله وابن السبيل والضيف لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول فحدثت به ابن سيرين فقال غير متأثل مالا (أى متخذ أصل مال)[1] .

وفى رواية الدار قطنى حبيس مادامت السموات والارض ، وفى بعض روايات البخارى فقال النبى صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لايباع ولايوهب ولكن ينفق ثمره فتصدق به . قال الشوكانى . فهذا صريح فى أن الشرط من كلام النبى صلى الله عليه وسلم .

وسواء أكان الشرط من كلام النبى صلى الله عليه وسلم أو من كلام عمر - فانه لامنافاة بينهما - اذ يكون المعنى أن عمر رضى الله عنه قد شرط ذلك بعد ما أمره به الرسول صلى الله عليه وسلم[2] .

ووجه الدلالة من الحديث كما جاء بروايانه المتعدده - أن الوقف جائز وانه متى انشئ مستوفيا شروطه فانه يكون لازما - فأما دليل الجواز فانه واضح فى قوله صلى الله عليه وسلم ان شئت حبست أصلها - فخيره بين التحبيس وعدمه والرسول لا يخير الا بين مباح ولا حرج فى فعله أو تركه وأما أنه لازم فلقوله عليه السلام لايباع ولايوهب ولايورث ولقوله حبيس مادامت السموات والارض ولقوله حبس أصله اذ المتبادر من لفظ التحبيس اللزوم والتأبيد قال الشوكانى - لايباع ولايوهب ولايورث بيان لماهية التحبيس الذى أمر به الرسول صلى الله عليه وسلم عمر رضى الله عنه[3] .

(٢) بما رواه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث - وفى رواية الا من ثلاثة أشياء صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له[4] .

ووجه الدلالة من الحديث أن الصدقة الجارية يحققها الوقف فتكون محمولة عليه كما قاله الرافعى[5] .

....

(١) فتح البارى جـ٥ ص٢٩٦ ومابعدها - ونيل الاوطار جـ٦ ص٢٠ - ٢١

(٢) نيل الاوطار جـ٥ ص٢٢

(٣) فتح البارى جـ٥ ص٢٩٩ باب الوقف كتب يكتب ، نيل الاوطار جـ٦ ص٢١ بيان العلماء ص٨ (٤) صحيح مسلم جـ٢ ص١٣ ط حلبى - نيل الاوطار جـ٦ ص٢٠

(٥) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٧٦

(٣) واستدلوا كذلك بوقفه صلى الله عليه وسلم للحوائط السبعة بالمدينة واستمرا هذا الوقف من بعده مدة طويلة حتى ان أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز قد أخبر أنه كان يأكل من ثمرها وقد توفى سنة ٩٩ هـ وقد روى عن الامام مالك أنه شاهد وقفه عليه السلام وكذلك أبو يوسف ـ وهما من أئمة القرن الثانى الهجرى فلو كان الوقف غير لازم لتصرف فيها الرسول أو أحد خلفائه من بعده لكن هذا لم يحدث فدل ذلك على لزوم الوقف وقد سبق أن قلنا ان هذا أحد الآراء فى هذه الارض، وقد اخترنا أنها مملوكة للدولة كما ذهب اليه أبو ثور .

(٤) واستدلوا أخيرا بالاجماع فقد قال الشوكانى عن القرطبى قوله أنه اراد الوقف مخالف للاجماع (١) ـ وذكر الخصاف مايفيد أن ذلك الاجماع قائم منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم فقال (وفعل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وما وقفوه من عقاراتهم ـ وأموالهم اجماع منهم على أن الوقوف جائزة ماضية (٢) . وقال الامام الشافعى بلغنى أن ثمانين صحابيا من الأنصار تصدقوا بصدقات محرمة وكان رضى الله عنه يسمى الوقف صدقات محرمة (٣) .

<u>الترجيح والمختار :</u>

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشة ما ترد عليه مناقشة منها ـ تبين لنا سلامة أدلة القائلين بلزوم الوقف واتساق قولهم مع الغرض الذى من أجله شرع الوقف ـ ولانه الذى سار عليه الجمع الأعظم من فقها السلف والخلف يقول اسماعيل ابن أبى حكم شهدت عمر بن عبد العزيز ورجل يخاصم اليه فى عقار حبس لايباع ولا يوهب ولايورث فقال ياأمير المؤمنين كيف تجوز صدقة لمن لم يأت ولم يدر أيكون أم لايكون ؟ فقال عمر أردت أمرا عظيما ـ فقال يا أمير المؤمنين ـ أن أبا بكر وعمر كانا يقولان لاتجوز الصدقة ولاتحل حتى تقبض، قال عمر بن عبد العزيز الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقار والارضين على أولادهم وأولاد أولادهم عمر وعثمان

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٣ (٢) أحكام الاوقاف للخصاف ص ١٨

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٦

وزيد بن ثابت فاياك وا لطعن على من سلفك - والله ما أحب أنى قلت ما قلت - وان لى جميع ما تطلع عليه الشمس أو تغرب - فقال يا أمير المؤمنين انه لم يكن لى به علم . قال عمر استغفر ربك واياك والرأى فيما مضى من سلفك - أولم تسمع قول عمر بن الخطاب للنبى صلى الله عليه وسلم .

ان لى مالا أحبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (احبس اصله وسبل ثمرته ففعل فلقد رأيت عبدالله بن عبيدالله يلى صدقة عمر وأنا بالمدينة وال عليها فيرسل الينا من ثمرته - وما هو الا يعمل بما يستحق[1])

لهذا كله فاننا نختار هذا القول - والله أعلم .

....

(١) بيان العلماء ط سلفيه ص ١١

المبحث الثالث

فى

أركان الوقف

الركن الأول : الواقف :

وفيه مطالب : المطلب الأول

فى شروطه :

لكى يصح الوقف فانه يشترط فى الواقف شروط لابد من تحققها وهى :

(١) أن يكون أهلا للتبرع وأهلية التبرع تتحقق اذا كان المتبرع بالغا — فلا يصح التبرع من الصبى لانه ممنوع من التبرعات — لأنها تصرف ضار فى ماله .

وأن يكون عاقلا فلا يصح التبرع من المجنون فالأول ناقص الأهليه — والثانى — عديم الأهليه والصبا وصف يقوم بالشخص مالم يبلغ فاذا بلغ الصبى — مبلغ الرجال من ناحية الحياة التناسلية بأن احتلم الصبى — وحاضت الصبية فانه يزول عنهما هذا الوصف — فاذا لم تظهر هذه الأمارات عليهما — فان جمهور الفقهاء يرى أن يكون البلوغ باتمام خمسة عشر عاما .

ويرى الامام أبو حنيفة أن يكون بلوغ الصبى باتمام ثمانية عشر عاما — وبلوغ الصبية سبعة عشر عاما (١) .

والمجنون عديم الأهلية لانه فاقد العقل فلا وزن لتصرفه ولاتكليف عليه لقوله عليه السلام (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق (٢))

(٢) ويشترط فى الواقف أيضا أن يكون مختارا فلا يصح وقف المكره لقوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٣)) فقد رفع الرسول عليه السلام أثر الفعل عن المخطئ والناس والمكره لان كلا منهم لم تتوجه ارادته للعمل الذى حدث منه فمن ثم لايكون محاسبا عليه ولا معتدا به .

....

(١) الهداية جـ٣ ص ٢٠٧ (٢) نيل الاوطار جـ٥ ص ٢٤٩

(٣) نيل الاوطار جـ٦ ص ٢٣٦

(٣) ويشترط أن يكون حرا ـ فلا يصح وقف العبد لانه لايملك اذ هو ومافى يده ملك لسيده فأما المبعض وهو من كان بعضه حرا وبعضه رقيقا فله أن يقف ماملكه ببعضه الحر.

(٤) وأن لا يكون محجورا عليه لسفه(١) أو فلس عند من يرى الحجر على السفيه والمدين ـ وهم جمهور الفقهاء غير أبى حنيفة فانه يرى أنه لايجوز الحجر على أحد منهما لان فيه اهدارا لآدميته والحاقا له بالبهائم بالنسبة للسفيه وهذا أشد ضررا من التبذير فلا يرتكب الضرر الأعلى من أجل دفع الأدنى اذ العكس هو الصحيح ـ كما لايجوز الحجر بسبب الفلس لأن فى الحجر اهدار الأهليته واهدار أهليته لدفع ضرر خاص لايجوز(٢).

وتحتج للجمهور ومعهم صاحبا أبى حنيفة بقوله تعالى ـ ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما ـ وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوالهم قولا معروفا ـ فقد بين الله تعالى ـ أن من حق الجماعة بل واجب عليها أن تمنع السفيه من التصرف فى ماله ـ ولايعطى الاكفايته من الطعام والكسوة ومايتعلق بحاجات مثله فى حد الاعتدال. وقد أسند الله المال للجماعة لبيان أن الضرر الذى يجلبه الفرد بتصرفه الشاذ يؤثر تأثيرا عميقا فى كيان الأمة كلها(٣).

وكذلك فقد جعل الله له وليا فى قوله تعالى ـ فان كان الذى عليه الحق سفيها أوضعيفا أولايستطيع أن يمل هو فليملك وليه بالعدل فحيث جعل له وليا يتولى شئونه. ولم يمكنه هو من ادارة شئونه دل ذلك على جواز الحجر عليه(٤) ومثل السفيه ذوالغفلة.

....

(١) السفه نوع من الحمق والطيش يبتلى بها الانسان فيندفع الى تبذير ماله واتلافه فى وجوه لايرضاها شرع أوعقل ـ وأما الغفلة فهى نوع من الجهل بالمعاملات المالية وعدم الخبرة بالمبادلات يؤدى بصاحبه الى أن يغبن فلا يهتدى الى الرابح من التصرفات والمفلس هومن لايعفى ماله بدينه.

(٢) الهداية جـ٣ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٨ (٣) انظر نيل الاوطار جـ٥ ص٢٤٧ ـ ٢٤٨

(٤) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٦٥

المطلب الثاني

تأثير الدين على انشاء الوقف

اذا توفرت الشروط السابقة فى شخص الا أنه كان مدينا بدين مستغرق أو غير مستغرق لماله فهل له أن يقف شيئا من هذه الأموال أم لا ؟ وحتى يتضح الحكم فانه يجب بيان أقوال الفقهاء فى جواز الحجر على المدين — ومنها يتضح الحكم فان من قال بجواز الحجر عليه منع من نفاذ تصرفه أى تصرف يكون ضارا بالدائنين ومن هذه التصرفات الوقف ومن قال لا حجر عليه قال ان تصرفاته نافذة صحيحة ومنها الوقف واليك آراء العلماء فى هذا الموضوع .

اختلف الفقهاء فى جواز الحجر على المدين على قولين :

(أ) القول الأول : يرى جواز الحجر عليه واليه ذهب جمهور الفقهاء الشافعيه — والمالكية والحنابله وصاحبا أبى حنيفة وغيرهم .

(ب) القول الثاني : يرى عدم جواز الحجر عليه واليه ذهب الأمام أبو حنيفة .

وقد استدل لكل قول أصحابه بأدلة نوردها فيما يلى :

(أ) أدلة القول الأول — الذى يرى جواز الحجر وهو قول الجمهور استدلوا بما يلى

(١) ماروى عن كعب بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ فى ماله وباعه فى دين كان عليه — وفى رواية عبد الرحمن بن كعب بن مالك — قال كان معاذ بن جبل شابا سخيا وكان لا يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله فى الدين فأتى النبى صلى الله عليه وسلم ليكلم غرماء فلو تركوا لاحد لتركوا لمعاذ لاجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم ماله حتى قام معاذ بغير شئ .(١)

ووجه الدلالة من الحديث — أن الرسول قد حجر على معاذ من أجل غرمائه رغم رجاء معاذ الرسول أن يتوسط لدى غرمائه فدل ذلك على أن الحجر على المدين جائز — اذا كان دينه مستغرقا لماله كله — وأنه للحاكم أن يبيع أمواله جبرا عنه

....

(١) نيل الاوطار جـ٥ ص ٢٤٤ — ٢٤٥

وفاء لحق غرمائه .

(٢) ماروى أبوسعيد الخدرى - أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك (١) .

والوجه منه أن الرسول قد أعطى الغرماء كل مالديه من مال حتى الذى أوتيه عن طريق الصدقه فدل ذلك على أن للحاكم أن يمنع المدين من التصرف فى ماله باعطائه لغرمائه .

(٣) واستدلوا بالقياس فقالوا ان المدين كالمريض بجامع أن كلا منهما قد تعلق بماله حق فاذا منع المريض من التصرف الضار فى ماله لحق ورثته فان المدين يمنع كذلك لحق غرمائه (٢) .

هذا وقد قيد الشافعيه فى الأصح عندهم . والصاحبان جواز الحجر بما اذا طلبه الغرماء (٣) .

وهناك قول للشافعيه بجوازه للمصلحة وان لم يطلب الغرماء ذلك (٤) .

والمدين قبل الحجر عليه مثل غيره فى التصرفات فكل تصرفاته نافذة ماضية الا عند الأمام مالك الذى يرى منعه من التصرف حتى قبل قيام الحجر به مادام الدين قد أحاط به ولكن الأولى بالاعتبار ماعليه الجمهور من أنه قبل الحجر عليه نافذ التصرفات لان الاصل جواز الفعل حتى يقوم المانع (٥) .

ثانيا : أدلة القول الثانى الذى لايجوز الحجر على المدين استدلوا بما يلى :

(١) قوله عليه السلام لايحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه .

والوجه منه أن الحجر منع له عن التصرف فى ماله وحرمان له من حق من الحقوق التى يخولها له الملك - فلا يجوز ذلك - ولايباع عليه ماله .

ورد هذا بأنه عام مخصوص بكثير من الأدلة مثل جواز نزع الملكية للمنفعة العامة فيكون مخصوصا بأدلة المجوزين (٦) .

....

(١) المرجع السابق وبداية المجتهد جـ٢ ص ٢٨١ (٢) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٨١

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٤٦ - والهداية جـ٣ ص ٢٠٨

(٤) نيل الاوطار جـ٥ ص ٢٤٥ - ومغنى المحتاج جـ٢ ص ١٤٦

(٥) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٨٢ (٦) نيل الاوطار جـ٥ ص ٢٤٥

(٢) ماروى عن جابر بن عبد الله أنه حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم أن يقبلوا منى حائطى ويحللوا أبى فأبوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطى قال ـ ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا فى ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية .

والوجه منه ـ أن الرسول لم يحجر على جابر بسبب الدين الذى تحملت به التركة مع أن الدين كان على مايبدو محيطا بالتركه ـ بل يفوقها بدليل أن الغرماء قد رفضوا أن يأخذوا الثمر فى مقابل ديونهم . فلو كان الحجر جائزا لاقامة الرسول على جابر حفاظا على حق الغرماء .

ويرد ذلك . بأن جابرا قد عرض على الغرماء أن يقبلوا الحائط ليسددوا منه ديونهم فرفضوا ذلك ولم يطلبوا الحجر عليه وإكراما لشهيد أحد قام الرسول عليه السلام بالدعاء بالبركة فى الثمرة فأجاب الله دعاءه وبارك فى الحديقة حتى قام بتسديد الغرماء وبقيت من الثمار بقية .

(٣) بما روى أن أسيد بن الحضيرمات وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر ابن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بمالهم عليه . فقد دل هذا الأثر على أن الحجر غير جائز اذ لو كان جائزا لضربه عمر على ورثة أسيد ـ ولقام ببيع أرضه لسداد الدين لكنه لم يفعل فدل ذلك على أن الحجر غير جائز مهما بلغ الدين (١) .

ورد هذا الأستدلال بأنه استدلال فى غير محل النزاع ـ اذ أن الغرماء هنا قد اكتفوا بتقبل الأرض أربع سنين ولم يطلبوا الحجر ـ وليس هناك داع اليه لان الدين غير مستغرق حيث قام ريع الأرض أربع سنين بسداد ما عليهم .

....

(١) المرجع السابق

المختـــار :

وبعد بيان الأقوال (وأدلتها - ومناقشه ماوردت عليه مناقشه منها يتضح لنا رجحان ماذهب اليه الجمهور لأن ماذكروا من أدلة هى نص فى المدعى . ولأن فيـه محافظة على حق الغرماء وبث الثقة فى النفوس فينشط التعامل لان صاحب المال اذا علم أن هناك من الوسائل ما يستطيع بـه أن يحصل على حقه حتى ولو أدى ذلك الى حرمان المدين من أمواله فاذلك يدفعـه الى الاطمئنان فـى التعامل ويزيل عنـه خوف ضياع أموالـه .

نتيجـــة :

وبناء على ما تقدم فان المدين اذا وقف فاما أن يكون وقف قبل الحجر عليـه أو بعده فان كان قبل الحجر عليه فتصرفاته التى منها الوقف صحيحة نافذة - الا على رأى الامام مالك الذى يرى منعه من التصرف الضار من وقت احاطة الدين بمالـه (١) .

وان كان بعد الحجر فان تصرفـه صحيح الا أنه موقوف على اجازة الغرماء على رأى الجمهور فاما أبو حنيفة فانـه يجعل تصرفه صحيحا نافذا - فـان أجازوا نفذ والا فـلا .

ويجب أن نلاحظ أن حقهم فى الاعتراض وطلب الحجر محكوم بمقدار الديـن فان كان الدين محيطا بكل المال كان حقهم فى الاعتراض على التصرف فى أى جزء من أجزاء المال .

وان كان الدين متعلقا ببعض المال كان حقهم فى الاعتراض وطلب الحجر فيما يساوى سداد هذا الدين وفاء بحقوقهـم .

....

(١) المرجـع السابـق

المطلب الثالث

حكم وقف المريض وتبرعاته

المرض قسمان – مرض مخوف – ومرض غير مخوف – فالمرض المخوف هو الذى يغلب على الظن معه الهلاك مثل الحمى الوبائيه والكوليرا والنزيف الحاد ويلحق بالمرض المخوف حضور الصف فى القتال – والحمل فى أيامه الأخيره أوكان لستة أشهر فأكثر وغير ذلك .

وغير المخوف . هو الذى تغلب السلامة معه مثل الصداع الخفيف ووجع الضرس وماشابه ذلك وهذا النوع الأخير لاأثر له اذ حكم تصرف من قام به حكم الصحيح سواء بسواء (١) .

وأما المرض المخوف فان اتصل بالموت فقد اختلف الفقهاء فى تبرع من قام به حال المرض . هل هو من الثلث فقط أو من رأس المال وان جاوز الثلث ؟ وكان اختلافهم على مذهبين :

(١) المذهب الأول : يرى أن وقف المريض وتبرعاته كلها تكون من ثلث التركة ويتعلق حق الورثة بالثلثين واليه ذهب جمهور الفقهاء الأئمة الاربعة وغيرهم (٢) .

(٢) المذهب الثانى : يرى أن وقفه وتبرعاته من رأس المال وهو كالصحيح فى تصرفه سواء بسواء واليه ذهب ابن حزم الظاهرى (٣) .

الأدلة :

وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نوردها على الوجه التالى :

أولا أدلة الجمهور : القائلين بأن تصرفاته فى حدود الثلث استدلوا بمايلى :

(١) ماروى عن أبى زيد الانصارى – أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين وأرق اربعة

وفى لفظ – أن رجلا أعتق عند موته رجلة له فجاء ورثته من الأعراب . فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع فقال – أوفعل ذلك ؟ لوعلمنا

....

(١) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٥٠٥ ومابعدها
(٢) المغنى جـ٦ ص ٢١٩ – نيل الاوطار جـ٦ ص ٤١ – ٤٣
(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ ص٣٤٨

ان شاء الله ماصلينا عليه • فاقرع بينهم وأعتق منهم اثنين وأرق أربعة[1] •

ووجه الدلالة من الحديث ـ أن الرسول عليه السلام أبطل تصرف الرجل بعد موته فى ثلثى ماله وأجازه فى الثلث فدل ذلك على أن تصرف المريض يقتصر فيه على الثلث وأما الثلثان فقد تعلق بهما حق الورثة فتصرفه فيهما باطل ولذا رد الرسول تصرف الرجل وأبطله فدل ذلك على عدم صحته •

(٢) وماروى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله انى قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولايرثنى الا ابنة لى ـ أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال لاقلت فالشطر يارسول الله ؟ قال لاقلت فالثلث ؟ قال الثلث ـ والثلث كثير أو كبير ان تلك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[2] ومعنى يتكففون الناس أى يسألونهم الكفاف ـ أو يمدون أكفهم طلبا للاحسان •

ووجه الدلالة منه أن الحديث نص فى منع المريض من التصرف فى أكثر من الثلث • وأن الثلثين من حق الورثة يدفعون بها عن أنفسهم ذل السؤال وغائلة الفقر •

(٣) وعن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ـ ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم[3] •

ووجه الدلالة من الحديث أن مال الانسان لايكون على ذمته الا ما تصدق الله عليه به وهو الثلث ليزيد له فى حسناته ولولا أن الله قد تصدق عليه بهذا الثلث لتصويب ما فاته لما بقى له شئ •

ثانيا : أدلة المذهب الثانى القائل بعدم الفرق بين الصحيح والمريض من حيث التصرف فى المال • استدلوا على ما ذهبوا اليه بما يلى :

• •

(١) نيل الاوطار جـ٦ ص ٤١ ـ ٤٢ (٢) المرجع السابق ص ٣٧

(٣) نيل الاوطار جـ٦ ص ٣٨

(١) بقوله تعالى (وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت فيقول رب لولا أخرتني الى أجل قريب فأصدق وأكن من الصالحين)(١)

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر المكلفين بالانفاق فى حال صحتهم وحال مرضهم على حد سواء حيث لم يفرق بين الحالين - فلو كان الأنفاق باطلا فى حال مرض الموت حيث جاوز الثلث - لبينه الله تعالى لكنه لم يبينه فدل ذلك على صحة تصرفه مطلقا لا فرق بين حال صحة وحال مرض .

(٢) واستدلوا كذلك بالآيات الدالة على فعل الخير . مثل قوله تعالى - وافعلوا الخير لعلكم تفلحون(٢) - وقوله تعالى - ولاتنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير(٣) -

يقول ابن حزم بعد أن ساق هاتين الآيتين (ولم يخص الله عزوجل صحيحا من مريض ، ولا حاملا من حائل ولا آمنا من خائف ولامقيما من مسافر وماكان ربك نسيا - ولو أراد الله تخصيص شئ من ذلك لبينه على لسان رسوله عليه السلام . فان لم يفعل فنحن نشهد بشهادة الله عزوجل - الصادقة - أنه تعالى - ما أراد قط تخصيص أحد ممن ذكرنا(٤) .

رد استدلال ابن حزم - الا أن استدلال ابن حزم بهذه الآيات مردود . فهى آيات عامة خصصتها السنة التى استدل بها الجمهور وهى أحاديث سليمة السند . وللسنة دور كبير فى تخصيص العام وتقيد المطلق - وبيان المجمل وحاشا لله أن يكون نسيا ولكن القرآن ليس كتاب جزئيات وسرد تفاصيل اذ لنص على عدد الركعات وأوقات الصلاة وأنصبة الزكاة وما شابه ذلك . انه يضع الأسس العامة والقواعد الكليه وهذا سر من أسرار بقائه مصلحا لكل زمان - ومكان ثم تأتى السنة لتخصص أو تقيد أو تبين ونحن مأمورون أن نأخذ ما جاءنا به الرسول اذ هو ليس من عند نفسه ولكنه وحى يوحى وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب(٥) .

....

(١) الآية ١٠ من سورة المنافقون (٢) الآية ٧٧ من سورة الحج
(٣) الآية ٢٣٧ من سورة البقرة (٤) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٤٨
(٥) الآية ٩ من سورة الحشر

ثم ان تبرع المريض أثناء مرضه لا اعتراض عليه حال المرض إذ لا يستطيع أحد أن يتأكد على وجه اليقين أن هذا المرض مرض موت فلا يملك أحد أن يحد من تصرفاته أثناء مرضه . لكن حين يتصل الموت بهذا المرض يتبين أن حقوق الورثة كانت متعلقة بثلثى هذا المال . فما كان فى حدود الثلث نفذ ومازاد على ذلك أبطل تصرفه فيه .

<u>المختار :</u>

وانى أختار ماذهب اليه الجمهور لقوة دليلهم لأنها نص فى الموضوع وأدلة ابن حزم عامة مخصوصة ولان فى الأخذ بمذهب الجمهور اعمال للأدلة كلها ـ واعمال الدليل أولى من اهماله .

المبحث الرابع

الموقوف

وفيه مطالب : المطلب الأول :

في

شروط الموقوف (١)

يشترط في الموقوف أي العين التي قام الواقف بحبسها على سبيل التقرب الى الله تعالى شروط :

(١) أن يكون الموقوف عينا فلا يصح وقف المنفعة خلافا للمالكية ـ الذين يجيزون وقف المنفعة بناء على ماذهبوا اليه من جواز جعل الوقف مؤقتا ـ كما يجوز مؤبدا وسيأتي الكلام على هذا الموضوع في مطلب اشتراط التأبيد في الوقف في مبحث الصيغة ان شاء الله تعالى .

(٢) وأن يكون مملوكا للواقف فخرج بالمملوك غيره كالمغصوب والمستعار فلا يصح وقف أعيانها لعدم تملك أعيانها لاحد منهما . ووقف الفضولي صحيح الا أنه موقوف على اجازة المالك فان أجازه نفذ والافلا . وفرق بين الغاصب والفضولي فان الأول يدعى ملك مالا يملك وأما الفضولي ـ فانه يسند الملك لمالكه ـ والمطلوب هو تبين ارادة المالك فان أجاز نفذ والا فلا (٢) .

(٣) وأن تكون العين الموقوفة مما يمكن الانتفاع بها انتفاعا مباحا مستمرا .

فخرج بما يمكن الانتفاع بـه مالايمكن الانتفاع به كأن يقف بضع سنتميترات من الارض فان هذه القطعة الضئيلة من الارض لايمكن الانتفاع بها فلا يصح وقفها وتقييد الانتفاع بالمباح يخرج مايمكن الانتفاع به انتفاعا غير مباح ـ مثل آلات اللهوـ وأندية المنكرات وساحات الرقص وماشابه ذلك واشتراط الدوام للمنفعة المباحة ليخرج المنفعة التي لاتدوم ولاتستمر طويلا بل تفنى بالاستعمال مثل وقف الشمع والطعام وماشابه ذلك من كل ماتفنى عينه باستعماله ولايلزم أن تكون المنفعة في الحال بل يكفي فيها أن تكون مآلا . مثل الارض التي يمكن استصلاحها وتمهيدها وجعلها صالحة للبذر والأنبات بعد مدة ـ أو بتجفيفها ان كان بها ماء كثير مثل

....

(١) راجع مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٧٧ ـ حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص٧٧ (٢) انظر الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ٧٦

البرك والمستنقعات فانه يجوز وقفهـا •

(٤) وأن تكون العين الموقوفة معينة فلا يصح وقف غير العين كأن يقف احدى داريه ـ أو احدى حد يقتيه ـ أو حديقة من حدائقه ـ أو فرسا من خيله فان ذلك لا يصح للأبهام والجهالـة •

المطلب الثاني

مايصح ـ وقفه • ومالا يصح

اتفقت كلمة الفقهاء القائلين بصحة الوقف على جواز وقف العقار • واختلفت كلمتهم فيما عداه من الحيوان والمنقول وكان خلافهم على مذهبين :

(١) المذهب الأول : يرى جواز وقف المنقول والحيوان فهما كالعقار لا فرق بينهما واليه ذهب الشافعيه والمالكية والحنابلـة (١) •

(٢) المذهب الثاني : يرى أنـه لا يجوز وقف المنقول والحيوان الا في ثلاث صور (٢)

(أ) ما كان متصلا بالعقار اتصال قرار مثل البناء والأشجار وهي من المنقول خلافا للأمام مالك رضى الله عنـه ـ وهي تدخل في العقار من غير نص عليـه عليـه كما سبق القـول •

أو يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار كالمحاريث والبقر العاملة فيـه وهذه تدخل في الوقف اذا نص عليها الواقف •

(ب) أن يكون قد ورد أثر بجواز وقفه كوقف الأسلحة والكراع والحيوانات النافعة في الحروب ـ وهذه يجوز وقفها ـ لما ورد فيها من قوله صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا واحتسابا فان شبعه وروثه وبوله ـه في ميزانه يوم القيامه حسنات رواه احمد والبخاري • وماروى من قوله عليه السلام

....

(١) انظر مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٧٧ • والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٧٦ ـ ٧٧ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٨٥ ومابعدها ـ وانظر أيضا نيل الاوطار جـ٦ ص ٢٢ ـ ٢٥ (٢) انظر المبسوط للسرخسي جـ١٢ ص ٤٥

فى حق خالد بن الوليد أما خالدا فانكم تظلمون خالدا ـ لقد احتبس أدرد عه وأعتاده فى سبيل الله [1] .

(جـ) أن يجرى العرف على وقف المنقول ـ وذلك كوقف الكتب والمصاحف فان العرف قد جرى بوقفها والمراد ـ بالعرف ـ العرف المعتبر ـ الذى لا يعارض نصا ـ والا كان عرفا فاسدا ـ وهو غير معتبر عند سائر العلماء [2] . وما عدا هذه الصور الثلاث فلا يجوز وقفه واليه ذهب أبو حنيفة .

الأدلة :

وقد استدل كل مذهب على ما ذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة الجمهور : واستدل الجمهور على ماذهبوا اليه من أنه لا فرق بين العقار والمنقول بمايلى :

(١) قوله عليه السلام من احتبس فرسا فى سبيل الله أيمانا واحتسابا فان شبعه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيامة حسنات .

والوجه منه ـ أن الرسول قد رغب فى حبس الأفراس ـ وهى منقول ـ ومثل الفرس غيره اذ لا فرق بينها وبين غيرها ـ وماذكر فى الحديث ليس للحصر بل على سبيل التمثيل فهو خاص أريد به عام .

(٢) وماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى حق خالد ـ أما خالدا فانكم تظلمون خالدا ـ لقد احتبس أدرعه وأعتاده فى سبيل الله وفى روايه وأعبده جمع عبد ـ أو أعتده بالباء بدل التاء وصوبها المبكى [3] .

والوجه منه ـ أن الرسول أقر خالدا وامتدحه لانه وقف مايملك من عبيد وعتاد فى سبيل الله .

ثانيا : دليل المذهب الثانى : وقد استدلوا على ماذهبوا اليه بأمرين :

الأمر الأول : أن الشرط فى الموقوف الدوام ـ والاستمرار وهذا يكون على الوجه الأكمل .

....

(١) انيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٤ ـ ٢٥ (٢) محاضرات فى الوقف للشيخ أبوزهرة ص ١١٨

(٣) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٣٧٧

في العقار: وجاز فيما ألحق به للحاجة اليه والضرورة تقدر بقدرها وماورد فيه أثر أوجرى به عرف يقتصر فيه على مورد النص وما أقره العرف على انه يمكن تحقيق الدوام والاستمرار فيه بجواز استبداله عند خوف التلف أو الهلاك .

الأمر الثاني : أن الوقف وارد على خلاف القياس عندهم لانه زوال للملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا توهم عدم تأبيده فانه لايصح ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع (١). وانما جاز في الصور المستثناه استحسانا للآثار التي وردت فيها ولذا وجب أن يقتصر فيها على ماوردت فيه النصوص فلا يتعداه الى غيرها .

التر جيح والمختار:

واني أختار ماذهب اليه الجمهور من جواز وقف المنقول والحيوان بدون فرق لما يأتي :

أولا : لأن الأدلة التي وردت لم ترد على سبيل الحصر بل وردت على سبيل المثال . يؤيد ذلك ما استدل به العلماء على صحة الوقف وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة أشياء صدقة جارية فقد فسر العلماء الصدقة الجارية بأنها الوقف وليس فيه تخصيص بعقار أو منقول (٢).

ثانيا : ويؤيد هذا أيضا ما جاء في صحيح البخاري عن عبدالله بن كعب قال سمعت كعب بن مالك يقول قلت يارسول الله ان من توبتي أن انخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله قال أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك قلت فاني أمسك سهمي الذي بخيبر (٣).

ووجه الدلالة أن الخروج من المال قد يكون عن طريق الصدقة المنجزه وقد يكون عن طريق الصدقة المحبسة والصحابي لم يبين الطريق الذي سيخرج به من ماله والرسول لم يبين له أحد الطريقين الذي يجب أن يسلكه .

ولو كان بعض هذا المال لايجوز وقفه كالمنقول لبين له الرسول الطريق الذي يجب أن يسلكه في انخلاعه من هذا المنقول حتى لايسلك طريقا محظورا للخروج منه وهو وقفه وترك البيان في مقام الاستفصال ينزل منزلة العموم في المقال .

....

(١) الهداية شرح بداية المبتدي جـ٣ ص ١٢
(٢) انظر فتح الباري جـ٥ ص ٣٠٤ ، نيل الاوطار جـ٦ ص ٢٠ هامش
(٣) فتح الباري جـ٥ ص ٢٨٩

المطلب الثالث

وقف المشاع

ومما يتصل بموضوعنا ـ وقف المشاع ـ فقد اختلف الفقهاء في وقف المشاع هل يجوز أم لا على مذهبين ؟ والخلاف في جواز وقف المشاع ـ وعدم جواز وقفه مبني على اختلافهم في اشتراط القبض، والتسليم فمن اعتبر الوقف تاما باللفظ من غير حاجة الى التسليم والقبض، أجاز وقف المشاع .

ومن لم يعتبره تاما حتى يقبض، قال لا يجوز وقف المشاع ـ بل لابد من الافراز والقسمة .(١)

ونود أن نشير الى أن محل النزاع لا يشمل المسجد والمقبره اذا لكل متفق على أن وقفهما لا يتم الا بعد القسمة لأنه لا يتصور أن ينتفع به الا بعد الافراز والقسمة اذلا يتأتى أن يكون المسجد مسجدا سنة وسوقا سنة أخرى مثلا ـ ولا يتأتى أن تكون المقبرة مقبرة سنة ومساكن سنة أخرى ـ ولأن المسجد يقتضى الخلوص لوجه الله تعالى وذلك لا يتم مع الشيوع .(٢)

ثم اختلفت كلمتهم فيما وراء ذلك على قولين :

(أ) القول الأول : يرى جواز وقف المشاع من غير أن يتوقف على القسمة فيما تمكن قسمته(٣) واليه ذهب الشافعيه والحنابلة والحنفية ماعدا محمد بن الحسن .

(ب) وذهب المالكيه ومحمد بن الحسن من الحنفية الى أن وقف المشاع لا يصح الا بعد قسمته اذا كان قابلا للقسمة ـ اذ المشاع عندهم ينقسم الى قسمين :

(١) مشاع يقبل القسمة وهذا لا يتم فيه الوقف الا بالقبض، والقبض، لا يتحقق الا بالافراز والقسمة ـ ويجبر عليها عند المالكيه .

....

(١) انظر المغني لابن قدامه جـ٦ ص١٣٨ ـ والهدايه جـ٢ ص١٢ والمبسوط للسرخسي جـ١٢ ص٣٤ ـ ٣٥ ـ حاشية بن عابدين جـ٣ ص٥١٦

(٢) الهداية جـ٢ ص١٢

(٣) مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٧٧ ـ والمغني لابن قدامه جـ٦ ص١٣٨ الهدايه جـ٢ ص١٢

(٢) مشاع لايقبل القسمة وهذا يتم فيه الوقف من غير حاجة الى قسمة وللمالكية فيه قولان بالصحة وعدمها[١] . وأساس التفرقة عند الامام محمد بن الحسن أن المطلوب هو القبض الكامل - وهذا يختلف باختلاف الأشياء فالقبض الكامل فيما يقبل القسمة يتحقق بالقسمة وهى حينئذ ممكنه فلا يلزك القبض الكامل الى غيره مع امكان الاتيان به وأما مالا يقبل القسمة . فيفعل به ماهو ممكن - والممكن فيه - هو الانتفاع على قدر المستطاع فاكتفى به .

الأدلـــة :

وقد استدل كل على ماذهب اليه بادلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة القائلين بجواز هبة المشاع - استدل القائلون بجواز هبة المشاع بمايلى

(١) ماروى عن بن عمر . قال قال عمر للنبى صلى الله عليه وسلم ان المائة السهم التى لى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب الى منه - وقد أردت أن أتصدق بها فقال عليه السلام أحبس أصلها وسبل ثمرتها[٢] .

ووجه الدلالة من الخبر: ان المائة السهم التى كانت لعمر بخيبر كانت مشاعة غير مقسومة ومع أنه كانت ممكن قسمتها فقد أجاز النبى صلى الله عليه وسلم وقفها من غير أن يطلب منه أن يقوم بافرازها وقسمتها . فدل ذلك على جواز وقف المشاع اذ لو لم يكن جائزا لطلب منه الرسول أن يقسمه لكنه لم يطلب منه ذلك فدل على جواز وقف المشاع .

(٢) ماروى عن أنس رضى الله قال أمر النبى صلى الله عليه وسلم ببناء المسجد فقال يابنى النجار ثامنونى بحائطكم هذا قالوا لا - والله لانطلب ثمنه الا الى الله تعالى .

والوجه منه - أن بنى النجار قد وقف كل منهم حصته من الحائط مع أنها مشاعة وقبل منهم الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك - ولو كان وقف المشاع لايجوز لطلب منهم أن يقتسموا أولا - ثم يقف كل واحد منهم حصته - لكنه لم يفعل ولم يبين لهم طريقة أخرى يمكن لهم أن يسلكوها فدل ذلك على جواز وقف المشاع[٣] .

....

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٧٦ - الهداية المرجع السابق

(٢) نيل الاوطار جـ٦ ص٢٤ - ٢٥ (٣) انظر فتح البارى جـ٥ ص ٢٩٨

(٣) ما روى عن عبد الله بن كعب قال سمعت كعب بن مالك يقول قلت يارسول الله ان من توبتي [١] أن أنخلع من مالى صدقة الى الله والى رسوله صلى الله عليه وسلم . فقال النبى أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك . قلت فانى أمسك سهمى الذى بخيبر .

والوجه منه . أن الرسول عليه السلام قد أمره أن يمسك بعض ماله - وأجاز له أن يخرج من البعض الآخر من غير تفصيل بين مقسوم وغير مقسوم . يقول ابن حجر صاحب فتح البارى . فى أثناء شرحه لهذا الحديث - (فيحتاج من منع وقف المشاع الى دليل [٢] . وهذا يدل على صحة وقف المشاع .

ثانيا : أدلة القائلين بالمنع :

قالوا - ان كل جزء من أجزاء المشاع محكوم عليه بالمملوكيه للشريكين فاذا وقف أحد الشريكين لزم أن يحكم على كل جزء بحكمين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة الى كونه مملوكا - وعدم الصحة بالنسبة الى كونه موقوفا فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها ويتصف بذلك الجمله [٣] . وهذا تناقض فلا يجوز .

المختار :

وانني أختار القول الأول القائل بجواز وقف المشاع - اذ الحديث الذى يعتبر عمادا فى الوقف وهو حديث عمر نص فى جواز وقف المشاع واذا كان الحكم مدلولا عليه بنص كان ابطاله بالقياس لا يقبل لانه يكون قياسا فى مقابلة النص - والقياس فى مقابله النص باطل . يقول صاحب المنار كما نقل الشوكانى عنه أن هذا (الوقف) نظير العتق المشاع - وقد صح ذلك هناك كحديث السنة الأعبد كما صح هنا .

واذا صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال [٤] .

....

(١) كان قد تخلف عن المسلمين فى غزوة تبوك من غير عذر فغضب الرسول من ذلك وغزره هو ومن معه بمقاطعة المسلمين لهم حتى نزل القرآن فى شأنهم بقبول توبتهم والعفو عنهم فى قوله تعالى - وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت الخ .

(٢) فتح البارى جـ٥ ص ٢٨٩

(٣) انظر نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٥

(٤) المرجع السابق

المطلب الرابع

ملكية العين الموقوفة

اتفقت كلمة الفقهاء القائلين بجواز الوقف على انه لازم فى المسجد وتخرج ملكية العين الموقوفه بالوقف الى حكم ملك الله تعالى - لأن الله تعالى قال وأن المساجد لله .

واتفقوا كذلك على أن الموقوف عليهم يملكون الانتفاع بهذه العين بالطريقه التى حددها الواقف والشروط التى يتضمنها كتاب الوقف اذا كانت فى دائرة الشرع وفى اطار القربة الى الله ثم اختلفوا بعد ذلك فى العين الموقوفة لمن تكن ملكيتها ؟ وأثر هذه الملكية وخلافهم يمثل ثلاث اتجاهات .

(١) الأول : يرى أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف غير أن أصحاب هذا الاتجاه انقسموا بالنسبة لأثر هذه الملكية الى فريقين .

(أ) الفريق الأول : يجعل لهذه الملكية أثرها الكامل . ولا تأثير للوقف عليها فهو عند هؤلاء جائز جواز العارية فللواقف استرداده فى أى وقت وبالتالى فله بيعه وهبته وتكون هذه التصرفات بمثابة الأنهاء للوقف وعلى رأس هذا الفريق الأمام أبو حنيفة (١) .

(ب) الفريق الثانى يقول ان أثر هذه الملكية مقيد فليس للواقف أن يبيع أو يهب وليس له الرجوع فيه (٢) واليه ذهب المالكيه وقد ارتضى هذا القول الكمال بن الهمام من الحنفيه .

(٢) الاتجاه الثانى : أن العين الموقوفة تخرج بالوقف عن ملك الواقف الى حكم ملك الله تعالى فتكون ملكيتها للجماعة الاسلامية كلها - اذ لله ملك السموات والأرض وما بينهما (٣) . وهو رأى الجمهور من الحنفية والأظهر عند الشافعيه والظاهرية ورواية لدى الحنابلة .

....

(١) الهداية جـ٢ ص ١١ - ١٢ (٢) فتح القدير جـ٥ ص ٤٠

(٣) بحث الملكية الفردية وتحديدها فى الاسلام بحث مقدم للمؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية للشيخ على الخفيف ص ١١١ فى ٣ / سنة ١٩٦٤

(٣) الاتجاه الثالث: أن الملك فى العين الموقوفة ينتقل الى ملك الموقوف عليهم وهو الراجح من مذهب الحنابلة ومقابل الأظهر عند الشافعية وهى ملكية مقيدة فليس لهم بيعها ـ ولا التصرف فى رقبتها بأى نوع من أنواع التصرف (١) .

تقييم :

وحين ننظر الى هذه الاتجاهات الثلاثة يتبين لنا أنه بناء على ماذهب اليه أصحاب الاتجاه الأول ـ أن الوقف لايكون مصدرا من مصادر التملك مطلقا ـ اذا أن الرقبة تبقى على ملك الواقف ـ مع اختلاف فى أثر هذه الملكية بين الاطلاق والتقييد .

وبالنظر الى الاتجاه الثانى . نرى أن الوقف يكون ـ مصدرا من مصادر الملكية العامة ـ وهى ملكية مقيدة فى آثارها ـ وعلى هذا الاتجاه يكون مكان الوقف هنا هنا كما اخترناله .

وبالنظر الى الاتجاه الثالث. يتبين لنا أن الوقف يكون سببا من أسباب الملكية الخاصة وهى ملكية مقيده وعلى هذا يكون موضعه الباب الثانى ـ وهو مصادر الملكيه الخاصة . هذا وقد ارتضينا أن يكون مصدرا من مصادر الملكيه العامه . وهو الذى نرجح فى نظرنا كما سيتبين مما يأتى :

الأدلــة :

وقد استدل أصحاب كل اتجاه على اتجاههم بأدلة نوردها فيمايلى :

أولا : أدلة أصحاب الاتجاه الأول القائل ببقاء العين الموقوفة على ملك الواقف .

استدلوا بمايلى :

(١) ماروى من أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ـ لولا أنى ذكرت صدقتى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرددتها ـ

ووجه الدلالة منه أن عمر رضى الله عنه الذى يعتبر صاحب الدليل الرئيسى على الوقف قد فكر فى أن يرجع عن وقفه ـ وصرح بذلك ـ وكلامه يدل على أنه لايرى مانعا شرعيا يمنعه غير أن كره أن يرجع عن أمر تم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يخالفه الى غيره .

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٨٧ ـ ومغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٨٩

على أنه يبدو أن هذا لم يكن رأيا لعمر وحده • بل كان يرى رأيه هذا غيره من الصحابه فهذا هو المسورين مخرمة يقول حضرت عمر رضى الله عنه حين قرأ علينا كتاب صدقاته وعنده المهاجرون فحركت (الكلام) وأنا أريد أن أقول — ياأمير المؤمنين انك تحتسب الخير وتنويه وانى أخشى — أن يأتى رجال قوم — لايحتسبون مثل حسبتك — ولاينوون مثل نيتك — فيحتجون بك فتنقطع المواريث ثم استحييت أن أفتات على المهاجرين — وانى لأظن أنى لو قلت ذلك • ما تصدق منها بشئ•(1) فهذا يدل على أن المسور لو قال ما قال لرجع عمر عن وقفه فدل ذلك على أنه باق على ملكه والا فكيف يتأتى له الرجوع عن شيئ لم يبق على ملكه منذ أنشأ هذا الوقف الذى يتلو عليهم كتابه ؟ ولم يمنع المسور من اعلان رأيه الا ما استقر فى نفسه أنه ليس من حقه أن يتقدم بالكلام على كبار المهاجرين الذين هم أولى منه بالكلام •

(٢) ماروى عن شريح قال — جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس•(٢)

فقد دل هذا الخبر على أن أن العين الموقوفه لاتخرج بالوقف عن ملك الواقف وأنه لبه ببيعها •

ثانيا : أدلة المالكيه القائلين ببقاء العين الموقوفة على ملك الواقف ولكنها لاتباع ولاتوهب فهى ملكيه مقيده •

والأدلة السابقة التى تدل لأبى حنيفة لاتدل للمالكيه وان كان رأيهما واحدا من حيث بقاء العين المملوكه على ملك الواقف — لأن أبا حنيفة يرى أن هناك تلازما بين اللزوم — والخروج عن الملك — أى أن الوقف اللازم كما فى المسجد لابد وأن يخرج عن الملك فى حين يرى غيره أن هذا التلازم لا ضرورة له للخروج عن الملك فقد يكون الوقف لازما — ومع ذلك لايخرج عن ملك الواقف — وهو مذهب المالكيه لذا فقد استدل لهم بما يلى :

(١) بقوله عليه السلام لعمر فى بعض الروايات حبس الأصل وسبل الثمره •

....

(1) أحكام الأوقاف للامام الخصاف ص ٧ — ٨

(٢) بيان العلماء ص ١٩

والوجه منه أن قوله حبس الأصل لا يقتضي خروجه عن ملكه بل يقتضي العكس وهو حبسه واقراره على ملكه [1] .

(٢) ومن ناحية النظر فقد قالوا — ان القدر الذى يتحقق به الوقف هو خروج المنافع والغلات عن ملك الواقف الى الموقوف عليهم . فلا يتعدى ذلك الى الأعيان حيث لا ضرورة لأخراجها عن ملك الواقف فتبقى ملكيتها للواقف — ولا تخرج عن ملكه الا بدليل — ولا دليل فتبقى على ملك صاحبها ؛ لأن الأصل أنها له وقالوا لو خرجت عن ملكه الى غير ملك لكانت سائبة ولا سائبة فى الاسلام .

ثالثا : أدلة الاتجاه الثاني : وهم القائلون بأن العين الموقوفة تخرج بالوقف عن ملك الواقف الى حكم ملك الله تعالى — استدلوا بمايلى :

(١) ماروى من أن عمر كانت له أرض تدعى ثمنا — وكان نخلا نفيسا فقال يارسول الله انى استفدت مالا هو عندى نفيس أفأتصدق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث زاد فى فتح البارى — ولكن ينفق من ثمره [2]

ووجه الدلالة من الحديث — أنه قد دل على خروج الأرض عن ملكية عمر — وهو يحتمل بعد ذلك أن يكون على حكم ملك الله تعالى أى ملكية الجماعة كلها — ويحتمل أن يدخل فى ملك الموقوف عليهم — لا جائز أن ينتقل الى ملك الموقوف عليهم — اذ لا تتحقق معه الغاية التى أرادها الشارع من تشريع الوقف . يقول صاحب الهداية وإذا صح الوقف على اختلافهم خرج عن ملك الواقف — ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل فى ملك الموقوف عليه — لا يتوقف عليه — بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه لأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه [3] — فبقى الاحتمال الأول وهو خروجها الى ملك الله تعالى .

(٢) وعن جويرة بنت الحارث زوج النبى صلى الله عليه وسلم قالت ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بغلته وسلاحه . وأرضا تركها صدقه [4] تعنى بذلك الحوائط السبعة — وأرض بنى النضير .

....

(١) محاضرات فى الوقف للشيخ أبو زهرة ص١٠٦ (٢) أحكام الأوقاف للخصاف ص٦ — وانظر البارى جـ٥ ص٣٠٠ وباب الوقف كيف يكتب .
(٣) الهداية شرح البداية جـ٢ ص١١ — ١٢ (٤) أحكام الاوقاف للخصاف ص٦

والوجه منه - أن بعض الفقهاء يرى أن هذه الأرض قد وقفها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهى تعنى أنها أخرجها مخرج الصدقة والتصدق يقتضى خروج العين والمنفعة عن ملك المتصدق غاية الأمر أنها هنا صدقة محبسة لاتباع ولاتوهب - ولا تورث كما جاء فى الأدلة الأخرى .

(٣) واستدلوا كذلك بما روى عن جابر بن عبد الله قال لما كتب عمر بن الخطاب صدقته فى خلافته دعا نفرا من المهاجرين والأنصار . فأحضرهم ذلك - وأشهدهم عليه فانتشر خبرها - قال جابر ولا أعلم أحدا كان له مال من المهاجرين والانصار الا حبس من ماله صدقة مؤبدة لاتشترى ولاتباع ولاتوهب ولاتورث .(1)

ووجه الدلالة منه . أن الصحابة رضى الله عنهم - ومنهم جابر كان يعلم أن حقيقة الوقف هى اخراجه مخرج الصدقة - ولذا كان تعبيره عن وقف عمر بالصدقة وعن أوقاف الصحابه كذلك - ومعلوم أن حقيقة الصدقة اخراج للعين والمنفعة عن ملك التصدق غاية الأمر أنها فى الوقف صدقة محبسة فلا تباع ولا توهب ولاتورث - يقول - محمد بن عبد الرحمن بن سعد بن زراره ما أعلم أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من أهل بدر من المهاجرين والانصار الا وقد وقف من ماله حبسا لايشترى ولايورث ولايوهب حتى يرث الله الأرض ومن عليها .(2)

(٤) واستدلوا كذلك - بالقياس حيث قاسوا غير المسجد على المسجد - فكما أن وقف المسجد يخرج عن ملك الواقف فكذلك غيره - بجامع أن كلا منهما تبرع محبس لايباع ولايوهب ولايورث وهذا معنى خروجها الى حكم ملك الله تعالى .

رابعا : واستدل أصحاب الأتجاه الثالث : القائلين بأن العين الموقوفة تنتقل الى ملك الموقوف عليهم استدلوا بمايلى :

قالوا ان الوقف سبب مزيل للملك الى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينتقل الملك اليه - قياسا على أسباب نقل الملكية الأخرى كالبيع والهبة .

....

(١) انظر أحكام الاوقاف للخصاف ص ٦ ، ٧ ، ٨

(٢) المرجع السابق

مناقشة الأدلـــة :

أولا : مناقشة أدلة الأتجاه الأول : نوقشت أدلة القائلين ببقاء العين على ملك الواقف .

(أ) مناقشة الفريق الاول ـ الذى يمثله أبو حنيفه :

(١) ماروى الزهرى عن عمر مردود من ناحيتين الناحية الأولى ـ تتعلـق بسنده فهو مروى عن الزهرى عن عمر . والزهرى لم يدرك عمر رضى الله عنه ـ ولم تذكر الواسطة بينهما ومثل هذا لا يصلح للاحتجاج بـه[1] . بل ان ابن حزم قـد سبق أن وصفه بالكذب . الناحية الثانية ـ أنه على فرض سلامته من ناحيـة السند ـ فهو قول صحابى وأقوال الصحابه ليست حجة فيما هو محل اختلاف كما سبق القـول[2] .

(٢) وما ورد على المسور بن مخرمه لم يتجاوز مخيلته ولم يبلغ أن يكون رأيـا مقروما عليـه وقـد سبق رده .

(٣) ورد ما قيل عن شريح من أن النبى صلى الله عليه وسلم قد جاء ببيع الحبس ـ فيرد علاوة على ماسبق بما قاله مالك رضى الله عنه فقد قيل لـه ان شريحا لا يرى الحبس فقال تكلم شريح ببلاده ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين وهلم جرا الى اليوم ـ وما حبسوا من أموالهم لا يطعن فيها طاعن ـ وهذه صدقات رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعة حوائط ـ ولا ينبغى للمرء ألا يتكلم الا بما أحاط بـه خبرا[3] . وقال الأمام الشافعى رضى الله عنـه قال لى بعض من يحفظ قول قائل هذا ـ انا رددنا الصدقات الموقوفات بأمور ـ قلت ماهى ؟ فقال ـ قال شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم باطلاق الحبس ـ فقلت لـه . وتعرف الحبس التى جاء رسول الله صلى الله عليـه وسلم باطلاقهـا ؟ قال ـ لا أعرف حبسا الا الحبس بالتحريم ـ (أى الا الحبس بالوقـف لأنـه يحرم التصرف فيـه) فهـل تعرف شيئا يقع عليـه اسم الحبس غيرها ؟ ـ قـال الشافعى فقلت لـه أعرف الحبس التى جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم باطلاقهـا

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢٣ (٢) راجع مبحث الوقف بين البطلان والجواز واللزوم من هذه الرسالة ـ وانظر الأسنوى جـ ٣ ص ١٧١ (٣) بيان العلماء ص ٢٤

وهى غير ماذهبت اليه وهى بينة فى كتاب الله عز وجل ـ قال اذكرها • قلت قال الله تعالى ـ ماجعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ـ فهذه الحبس التى كان أهل الجاهلية يحبسونها فأبطل الله شروطهم فيها وأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بابطال الله اياها (١) •

ثانيا : مناقشة ما استدل به المالكية وهم الفريق الثانى من الاتجاه الأول :

(١) أن مافسرتم به التحبيس بما يتفق ومذهبكم تفسير غير مقبول بعد أن فسره الرسول عليه السلام بما يقتضى خروجه عن ملك الواقف حيث قال لايباع ـ ولايوهب ولايورث • ولامعنى لزوال الملكية الا هذا وكما جاء مفسرا عنه أيضا فى بعض الروايات حبيس مادامت السموات والارض • فكيف يبقى على ملك الواقف مع ملاحظة أنه لايورث ـ مادامت السموات والارض ؟

(٢) وسبق لنا أن قلنا ان الرسول عليه السلام قد فسر التحبيس فى بعض الروايات ... بالتصدق حيث قال تصدق بأصله لايباع ولايوهب ولايورث والتصدق اخراج للمتصدق به عن ملك المتصدق فاذا قلنا ببقاء العين على ملك الواقف كنا مخالفين لما أراده الشارع من معنى التحبيس •

(٣) ورد القول بأنها لوخرجت عن ملك الواقف لكانت خروجا الى غير مالك فتكون سائبة رد ـ بأن الوقف أزال الملكية الطارئة المخولة للانسان على العين من قبل المالك الحقيقى وهو الله تعالى فاذا زال الطارئ رجعت الى الأصل وهذا معنى خروجها الى حكم ملك الله تعالى ـ والتسييب والتسيب المنهى عنه هو ما كان أيام الجاهلية ـ من تسييب الاموال والأنعام ـ تقربا للأوثان والاصنام فهى لاتملك ولايتأتى منها ذلك فكان تسييبا حقيقة •

ثالثا ـ ورد ما استدل به أصحاب الاتجاه الثالث ـ القائل بأن العين تخرج من ملك الواقف وتدخل فى ملك الموقوف عليه •

رد ما استدلوا به من القياس بأن قياس مع الفارق لان البيع والهبة لم يرد

....

(١) الام للامام الشافعى جـ٣ ص٢٧٥ ط دار الشعب ـ وانظر مبحث الوقف بين البطلان والجواز واللزوم •

عليها من قبل الشارع من القيود مثلما ورد على الوقف فقد قيد بأنه لا تباع ولا يوهب ولا يورث ولا كذلك البيع والهبة . وجوهر الملكية هو أن بقاء هذه التصرفات للواقف أو انتقالها الى الموقوف عليه فاذا سلبها الشارع منهما فلا معنى للقول بملكية لا أثر لها للموقوف عليهم . على أن الوقف تشريع مستقل عن غيره له مميزاته التى بينتها النصوص فقياسه على غيره قياس فى مقابلة نص فلا يقبل .

الترجيح والاختيار :

وبالنظر فى أدلة الاتجاهات الثلاثة - نجد أن أسلمها هى أدلة أصحاب الاتجاه الثانى القائلين بأن الملك فى العين الموقوفة يخرج عن ملك الواقف الى حكم ملك الله تعالى فينتقل من الملكية الخاصة الى الملكية العامة اذ لا معنى لابقائه على ملك الواقف بعد أن أخرجته النصوص مخرج الصدقة ولا معنى لادخاله فى ملك الموقوف عليهم . لانها ملكية لا أثر لها - وكذلك لو انتقل الى ملك الموقوف عليهم فصاروا يملكونه لاحتاج الى اذن منهم لمن ينتفع به بعدهم - ولم يقل به أحد (١) - ولأنه لو بقى على ملك الواقف أو دخل فى ملك الموقوف عليهم - لم يكن لقوله عليه السلام - حبيس مادامت السموات والأرض معنى .

....

(١) الميزان للشعرانى جـ ٢ ص ٩٤

المبحث الخامس

الموقوف عليه - وفيه مطالب

المطلب الأول : ما يشترط فى الموقوف عليه :

الموقوف عليه - هو الركن الذى تعود عليه منفعة الموقوف :

والموقوف عليه قسمان : لأنه اما أن يكون معينا كأن يقف على أولاده - أو أولاد محمد . وهذا مايسمى فى عرف القانون بالوقف الأهلى - أو الوقف الذرى نسبة الى الذرية .

واما أن يكون غير معين - كأن يقف على الفقراء - أو جهة بر كالمساجد والربط وألوان القرب المختلفة - وهذا مايسمى بالوقف الخيرى -

شروطه :

(١) يشترط فى الموقوف عليه - أن لا يكون معصيه فلا يصح الوقف على الحربى ولا على المرتد ولا على الكنيسه وسنفرد قريبا مطلبان خاصا - لبيان وجهة نظر الفقهاء فى معناها - واشتراطها . ويصح - الوقف على الذمى لأنه يملك ملكا محترما - وتجوز الصدقة عليه - والوقف أحد أنواعها (١) .

(٢) ويشترط فيه كذلك أن يكون ممن يصح تملكه سواء أكان التملك حقيقا أو حكما فالتملك الحقيقى كأن يقف على زيد - والفقراء والحكمى كالوقف على المساجد والربط - وفى سبيل الله فهذه الجهات لها شخصيتها المعنوية التى تملك الموقوف عليه - ويكون التصرف للامام أو نائبه أو من يفوضهم الامام ذلك - وعلى هذا فلا يصح الوقف على العبد - وان قلنا انه يملك بالتمليك لأنه يملك لسيده حقيقة أما هو فليس أهلا للملك أصلا (٢) .

كما لا يصح الوقف على الميت لانقضاء ذمته بالموت فليس أهلا للملك .

....

(١) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٤٢ - والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٧٧

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٧٩ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص ٢٤١

ويحمل الوقف على الدواب أنه لصاحبها مالم تظهر عبارته خلاف ذلك فأما اذا اظهرت عبارته أنه يقصد تمليك الدابة المنفعة فليست أهلا للتملك ومثل ذلك الوقف على الدار وما شابه ذلك فانه يحمل على الوقف على عمارتها - أو طارفها الا أن اظهرت عبارته خلاف ذلك فيكون الوقف باطلا (١).

(٣) ويشترط فيه الا يكون مبهما كأن يقف على رجل - أو امرأة.

(٤) وأن يكون موجودا فلايصح على المعدوم وقد خالف فى ذلك المالكيه حيث اجازوا الوقف على من سيولد. وقالوا توقف الغلة الى أن يوجد فيعطاها - فاذا لم يوجد وحصل اليأس من وجوده كانت الغلة للمالك - ا لواقف أو لورثته (٢).

المطلب الثانى : فى الوقف على النفس :

الكلام فى الوقف على النفس مبنى على اشتراط امكان تملك الموقوف عليه الموقوف وقد اختلف الفقهاء هل يجوز للأنسان أن يملك نفسه من نفسه أو لايجوز منه ذلك ؟

فمن قال بالجواز. قال بصحة الوقف على النفس - ومن قال بعدم الجواز. قال بعدم صحة الوقف على النفس - من هذا يتبين لنا أن خلاف الفقهاء جاء على قولين :

(١) القول الأول : يرى أن الوقف على النفس لايصح واليه ذهب جمهور الفقهاء منهم المالكية والأصح عند الشافعيه ورواية لدى الحنابلة (٢).

(٢) القول الثانى : يرى أن الوقف على النفس صحيح - واليه ذهب الحنابلة فى الأصح عندهم وابن أبى ليلى - وأبو يوسف (٣).

الأدلة :

وقد استدل كل قول على ما قال بأدلة نوردها على الوجه التالى :

أولا : أدلة القول الثانى القائل بالصحة - استدلوا بما يلى :

....

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٧٧ (٢) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٨٠ ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨٠ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٩٦ - ١٩٧

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٩٧ وانظر نيل الاوطار جـ٦ ص٢٤

(١) ماروى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينه وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة قال من يشترى بئر رومه (١) فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ؟ فاشتريتها من صلب مالى (٢) .

ووجه الدلالة منه كما ذكره الشوكانى . قال فيه دليل على أنه لا يجوز للواقف أن يجعل لنفسه نصيبا من الوقف قال : ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره - قال فى الفتح ويستنبط منه صحة الوقف على النفس (٣) .

(٢) ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام - ابدأ بنفسك فتصدق عليها والوجه منه أنه اذا جاز أن يتصدق على نفسه وأن يؤثرها على من عداها بالصدقه المنجزة فانه يجوز له أن يقف عليها اذ الوقف نوع من الصدقة .

(٣) ماروى من أنه عليه السلام قد شرط فى وقفه أن يأكل منه أهله بالمعروف (٤) .

والوجه منه - أن الرسول عليه السلام قد شرط فى وقفه أن يأكل منه أهله بالمعروف - وأهل الانسان من يعولهم وتجب عليه نفقتهم فهذا الشرط فى الحقيقة اشتراط لنفسه لأنه هو الذى يعولهم - وأكلهم أكله - وانتفاعهم انتفاعه فاذا كان النبى صلى الله عليه وسلم قد أجاز ذلك لنفسه فهو جائز للأمة كلها اذ لا دليل على الخصوصية .

(٤) ماروى أن أنس بن مالك رضى الله عنه وقف دارا فكان اذا قدم نزلها وأن الزبير تصدق بداره وقال للمردودة من بناته السكنى .

....

(١) وقد كانت هذه البئر لرجل من غفار وكان يبيع القربة منها بمد فقال له النبى تبيعها بعين فى الجنه ؟ قال يارسول الله ليس لى ولا لعيالى غيرها - فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة وثلاثين الف درهم ثم أتى النبى فقال أتجعل لى ماجعلت له ؟ قال نعم قال قد جعلتها للمسلمين . (٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٢١

(٣) المرجع السابق ص ٢٤ (٤) انظر المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٩٤

والوجه من الأول ـ أنه استعمل الدار لمنفعة نفسه فلو لم يكن الوقف على النفس جائزا ما كان له أن يستعملها ومن الثاني فان الزبير قد شرط للمردودة من بناته السكنى ـ وهو ملتزم بها أساسا فكان هذا بمثابة الاشتراط لنفسه .

رد هذه الأدلة :

(أ) يرد ما استدلوا به من خبر بئر رومة بأنه في غير محل النزاع ـ اذ محل النزاع هو اشتراط الغلة كلها أو بعضها لنفسه ـ وما دل عليه فعل عثمان ليس كذلك فانه قد جعل دلوه فيها مثل دلاء المسلمين وقد اتفق الفقهاء على أن الواقف لو اشترط صفة في الموقوف عليهم ثم توفرت فيه هذه الصفة فانه يجوز له أن ينتفع بها مثلهم من حيث توافر الصفة فيه لا من حيث انه اشترط شيئا منها لنفسه ـ والفرق واضح بين الحالتين (١) .

على أنه يمكن أن يكون قول عثمان من قبيل الأخبار وليس من قبيل الشرط بأن للواقف أن ينتفع بوقفه العام كالصلاة في مسجد وقفه أو الشرب من بئر كذلك .

يقول الشيخ الشرقاوى ومن الحيل في الوقف على النفس أن يقف على أولاد أبيه ويذكر صفات نفسه كأعلم أولاد أبي فيصح (٢) .

(ب) ويرد استدلالهم بقوله عليه السلام ابدأ بنفسك فتصدق عليها أنه اطلاق مجازى اذ أن الاستعمال الحقيقي هو اخراج العين والمنفعة عن ملكه والتصدق على النفس ليس كذلك فلا يسمى تصدقا حقيقة ـ ولا يسمى متبرعا بحال من الأحول ـ فقول النبي صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك فتصدق عليها لا يبيح للواقف أن يقف ويجعل الغلات لنفسه لمنافاة ذلك لأصل التبرع لأن التصدق هنا مستعمل في معناه المجازى (٣) .

(جـ) ويرد استدلالهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم قد اشترط أكل أهله بالمعروف الخ ـ بأن تقييد الرسول بالمعروف يدل على أنهم يأكلون منها عند الحاجة

. . . .

(١) انظر محاضرات في الوقف للشيخ أبو زهره ص ٢١٩ (٢) راجع حاشية الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ١٥٥ ـ ١٥٦ ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٨٠ (٣) محاضرات في الوقف للشيخ أبو زهره ص ٢٢٠ ـ وانظر نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤

فهو بمثابة استثناء ما يحتاج اليه أهله ـ على أن الأكل من الموقوف عند الحاجة غير متنازع فيه (١) .

(د) وهو متفق عليه ـ ومحل النزاع اشتراط عود المنفعة على نفسه احتاج أم لم يحتج .

ثانيا : أدلة المانعين : وقد استدل أصحاب القول الثانى المانع من صحة الوقف على النفس بمايلى :

(١) بقوله عليه السلام لعمر عندما استأمره فى موضوع صدقته قال له (سبل الثمرة . وتسبيل الثمرة ـ اخراج لها عن ملك الواقف الى الغير ـ والتصدق اعطاء يقتضى معطى والتصدق على النفس لا يسمى تبرعا الا على جهة المجاز ولا يصار الى المجاز الا بقرينة ولا قرينة .

(٢) بالقياس؛ حيث قاسوا الوقف على البيع بجامع أن كلامنهما عقد ناقل للملك فكما أن الانسان لايصح له أن يبيع مال نفسه لنفسه فكذلك الوقف (٢) .

ويقاس أيضا على الصدقه المنجزة بجامع أن كلامنهما تبرع فكما أن الصدقة المنجزه لايصح فيها أن يتصدق الانسان بعين ويشترط لنفسه جزءا من منافعها فكذلك الوقف .

(٣) والوقف على النفس تحصيل حاصل وهو مستحيل لان الانسان يتعذر عليه أن يملك نفسه من نفسه لانه تحصيل حاصل وتحصيل الحاصل محال (٣) .

الترجيح والاختيار :

وبالنظر فى الأدلة نجد أن أدلة القائلين بالجواز معظمها فى غير محل النزاع ان لم يكن كلها كذلك والقول بالجواز يتعارض مع الحكمة الاساسية التى شرع الوقف لاجلها ـ وهى أن تعود منفعة الموقوف على جهات البر ولن يكون احدى وسائل مطاردة الذل والحاجة من الفقراء ولانه يكون تحصيل حاصل ـ وهو محال ـ لذا فاننى أختار القول القائل بالمنع لانه يتمشى والغاية التى من أجلها شرع الوقف .

....

(١) محاضرات الشيخ أبو زهره ص ٢٢ (٢) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٩٧

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٨

ولأنها سلمت من الأعتراضات عليها كما رأيت . ولأن الوقف كالعتق فكما أن العتق لا يجوز مع اشتراط الخدمه والمنفعة فكذلك الوقف (١) .

المطلب الثالث

القربة في الموقوف عليهم

سبق لنا - أن الوقف قد يعبر عنه بالصدقه - وهو لون من ألوان البر التي يتقرب بها العبد الى مولاه وقد توسع بعض العلماء حيث أجازوا الوقف على من لم يظهر فيه معنى التقرب الى الله واكتفوا باشتراط أن لا يكون معصية فصح الوقف على الأغنياء والذرية وغير ذلك .

ومن هنا اختلفت كلمة الفقهاء في ماهية القربة التي يجب أن يتصف بها الموقوف عليه والموقوف عليه بالنسبة لذلك لا يخلو من أحد ثلاثة أنواع .

(١) النوع الأول : ما يعتبر قربة باتفاق - أي في جميع الأديان فلا أثر لاختلاف أديان الواقفين في صحته - وهو ما كان معتبرا برا وخيرا في جميع الاديان مثل الوقف على دور التعليم العامه - والفقراء والمساكين ودور الاستشفاء فهذا النوع يصح الوقف عليه باتفاق الفقهاء سواء أكان الواقف مسلما أو غير مسلم .

(٢) النوع الثاني : مالا يصح الوقف عليه باتفاق سواء أكان الواقف مسلما أو غير مسلم وذلك مثل الوقف على صالات الرقص - وأندية الدعارة فهذا باتفاق جميع الاديان منكر لا يصح الوقف عليه .

(٣) النوع الثالث : ما تتأثر فيه معنى القربة باختلاف الأديان فما يعتبر قربة في الشريعة الاسلامية قد لا يعتبر كذلك في غيرها وقد يكون العكس فاذا كان الموقوف عليه مسجدا أو دارا لنشر الثقافة الاسلامية فان هذا يكون قربة في الشريعة الاسلامية ولا يكون قربة عند غيرهم وقد يكون الموقوف عليه جهة قربة في غير الشريعة الاسلامية - وليس جهة قربة فيها مثل الوقف على الكنائس ودور التبشير بالديانات الاخرى مثل المسيحيه فهذا النوع اختلفت كلمة الفقهاء فيه .

....

(١) محاضرات في الوقف لابي زهره ص ٢١٨

سبب الخـلاف :

وسبب الخلاف بين الفقهاء فى هذا النوع اختلافهم فى المعيار الذى تقاس بـه القربة فى الجهة الموقوف عليها ـ هل تعتبر القربه بالمفهوم الاسلامى ـ أو بالمفهوم المعتبر لدى الواقف أو بالمفهومين معـا ؟

فمن اعتبر المفهوم الاسلامى وحده أجاز وقف غير المسلم على المسجد وما فى حكمه من القربات الاسلامية وأبطل وقفه على الكنيسه وما شابهها من انشاء أو ترميم لها.

ومن اعتبر المعيار الشخصى أى اعتبر ما هو قربة فى عقيدة الواقف أجاز الوقـف من غير المسلم على الكنيسة وأبطـل وقفه على المسجـد .

ومن اعتبرهما معار أبطل وقف غير المسلم على المسجد وأبطل وقفه على الكنيسه أما الاول فلأنـه قربة فى الشريعة الاسلامية وغير قربة عند الواقف ـ والثانى بالعكس أى أنـه غير قربة فى الشريعة الاسلامية وقربـة عند الواقـف .

ولقد انفسحت جوانب المذاهب الاسلامية الأربعة لتشمل هذه القسمة الثلاثية وكانت هـذه المذاهب كما يأتـى :

(١) أن المعيار فى اعتبار القربة هو المعيار الاسلامى فما كان قربة فى الشريعة الاسلامية صح الوقف عليه ولا نظر لكونـه قربة أو غير قربة فى اعتقاد الواقف واليه ذهب الشافعية والحنابلة [1] . جاء فى المغنى لابن قدامة وان لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل .

وجمله ذلك ـ أن الوقف لا يصح الا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل معين ـ أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم . والقرآن والمقابر والسقايات وفى سبيل الله ولا يصلح على غير معين كرجل وامرأة لان الوقف تمليك أو للمنفعة للمعين فلا يصح على غير معين كالبيع والاجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية فان هذه المواضع بيت الكفر ـ وهذه الكتب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبى صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها ......

....

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٨٠ والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠

شئ من التوراة وقال أفى شك أنت يابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقيه ؟ لو كان موسى أخى حيا ما وسعه الا اتباعى ـ ولو لا أن ذلك معصية ماغضب منه الى أن قال وسواء أكان الواقف مسلما أو ذميا قال ـ أحمد فى نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها ـ وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم . وهذا مذهب الشافعى وذلك لأن مالايصح من المسلم الوقف عليه لايصح من الذمى . كالوقف على غير معين . (١) وقال الخطيب الشربينى ـ وان وقف مسلم أو ذمى على جهة معصية كعمارة الكنائس من متعبدات الكفار للتعبد فيها وحصرها أو قناديلها ـ أو كتب التوراة والأنجيل ـ وأو لسلاح لقطاع الطريق فباطل لانه اعانة على معصية والوقف شرع للتقرب فهما متضادان (٢) .

(٢) وذهب المالكية فى بعض الروايات عندهم الى اعتبار المعيار الشخصى بمعنى أن يكون المعول عليه فى اعتبار القربة اعتقاد الواقف ولذا صح عندهم على هذه الرواية وقف المسيحى على الكنيسة سواء أكان على العبادة فيها أم كان على ترميمها واصلاحها . وقال ابن رشد . اذا كان الوقف على ترميمها واصلاحها فالوقف صحيح معمول به وان كان على عبادها لايصح وهناك قول ثالث . وهو عدم صحة الوقف على الكنيسة مطلقا (٣) ـ وهو بهذا يوافق المذهب السابق .

وعلى هذا فان اطلاق القول عن المالكية باعتبار المعيار الشخصى فقط ليس بدقيق كما هو صنيع أستاذنا المرحوم الشيخ عبدالوهاب خلاف والاستاذ محمد سلام مدكور (٤) .

(٣) وذهب الحنيفة الى أن المعيار هو اعتبار ما هو قربة فى الشريعة الاسلامية وما هو قربة فى اعتقاد الواقف وعلى ذلك فيصح وقف الذمى على الفقراء وعلى المسجد

....

(١) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ٢٤٠ ـ ٢٤١
(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٨٠
(٣) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٧٨ والشرح الصغير جـ٢ ص٢٦٧
(٤) انظر أحكام الوقف للشيخ عبدالوهاب خلاف والاستاذ محمد سلام مدكور فى كتابة موجز فى الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ٥٧ ـ ٥٨

الأقصى . ولا يصح وقفه على مسجد غيره لعدم القربة عندهم ولا على بيعة لعدم القربه عندنا (1) .

الاختيار :

والراجح في نظري هو اعتبار المعيار الاسلامي ولا يعنينا بعد ذلك اعتقاد الواقف اذا لو قف تشريع اسلامي فينبغي أن يكون محكوما بالمعايير الاسلاميه .

ولا عبرة بعد ذلك باعتقاد الواقف هل هو موافق للمعيار الاسلامي أو غير موافق فالحكم هو التشريع الاسلامي اذا ما حكمنا بينهم في أي أمر . لقوله تعالى . فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين . فحكم القاضي المسلم يكون بتطبيق المعايير والقواعد الاسلامية .

شبهه مدفوعه :

قد يقول قائل ـ ان ترجيح الأخذ بالمعيار الاسلامي ينطوي على تعصب ضد المسيحين اذ كيف نبطل وقف المسيحي على الكنيسه وتصحيح وقفه على المسجد ؟ أوليس في هذا حجرا على الحريه الدينية ؟ أفلا يكون الأولى اعتبار المعيار الشخصي تجنبا لهذا الاتهام ؟ وأين قوله عليه السلام لهم مالنا وعليهم ما علينا ؟ و من القاعدة التي تقول . أمرنا بتركهم وما يدينون ؟ وللرد على هذه التساؤلات نقول .

ان تشريع الوقف ملاحظ فيه أنه عبادة اسلامية قبل كل شيء فلا ينبغي أن يكون سبيلا لما هو غير شرعي في الاسلام ثم اننا لانبطله الا اذا ترافعوا الينا فأما اذا كان لديهم في شريعتهم نظام يشبه نظام الوقف . فعملوا به فان لهم مطلق الحرية في أن يحكموا تعاليمهم ونظمهم الخاصة بهم فأما اذا دعينا للحكم بينهم بأن ترافعوا الينا فان الشريعة العامة الواجبة التطبيق هي الشريعة الاسلامية ولا مطعن في ذلك على الاسلام فهذه قاعدة معمول بها في كل الدول الآن .

يقول الشيخ الخطيب . وان قلنا ببطلان وقف الذمي على الكنائس ولم يترافعوا الينا لم نتعرض لهم حيث لايمنعون من الاظهار فان ترافعوا الينا أبطلناه (2) .

....

(1) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٤٩٧ (2) مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٨٠

ولا يعترض على ابطال وقف الذمى على الكنائس باجازة العقود التى عقدوها فيما بينهم ثم أسلموا بعد القبض لموضوع العقد لان هناك فرقا بين عقود المعاوضة وبين التبرعات فعقود المعاوضة لم يقصد بها القربة أساسا . فأما الوقف فهو ازالة الملك فى الموقوف على وجه القربة فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى على حاله كالعتق بقول ابن قدامة . فان قيل قد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقودا فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترفعوا الينا لم ننقض مافعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة انما ازالة للملك فى الموقوف على جهة القربة فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق[1] .

تبين لنا من ذلك أن ابطال الوقف على الكنائس لم يكن قائما الا فى حالة الترافع الينا وفى هذه الحالة فان القاضى المسلم محكوم بقانون الشريعة الاسلامية وواجب عليه أن يطبقه ولا لوم فى هذه الحالة فان أرقى الدول المتحضرة مثل فرنسا وانجلترا وغيرهما يطبقون ما يسمى باقليمية القوانين أى أن القانون المطبق على غير المواطنين هو قانون البلد الذى يقيمون فيه ترافعوا أولم يترافعوا وبهذا يتضح أن التشريع الاسلامى أكثر عدلا وأرحب صدرا .

....

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٤٠

المطلب الرابع

حكم الوقف على بعض الورثة دون بعض - أو تفضيل بعضهم على بعض

اتفق الفقهاء على أن الواقف اذا وقف على الورثة جميعا على حسب الميراث فان وقفه صحيح نافذ بل ان ذلك مستحب كما ذهب اليه الحنابلة فى الراجح عندهم (١).

فاما اذا وقف على بعضهم دون بعض - أو فضل بعضهم على بعض فقد اختلفت كلمتهم فى ذلك على قولين :

(١) القول الأول : يرى أن هذا الوقف صحيح نافذ - واليه ذهب جمهور الفقهاء.

(٢) القول الثاني : يرى أن الوقف الذى يترتب عليه مخالفة نظام الأرث فيحرم بعض الورثة أو يفضل بعضهم على بعض - أنه باطل - واليه ذهب ابن حزم وهو قول عند المالكيه ورواية عند الامام احمد وصاحب الروضة الندية (٢).

الأدلـــة :

ولكل قول أدلة على ما ذهب اليه نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة القول الاول - القائل بالصحة استدل أصحابه بما يلى :

(١) ما أشار به النبى صلى الله عليه وسلم على أبى طلحة الانصارى أن يجعل صدقته الموقوفه على الأقربين وذلك حين نزل قوله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون . فقال عليه السلام ذلك مال رابح قبلناه منك ورددناه اليك فاجعله فى الأقربين فتصدق بها أبوطلحة على ذوى رحمة .

والوجه منه - أن الرسول عليه السلام أمر أبا طلحة أن يجعلها فى الأقربين وحيث فوض له الامر فى ابتداء الوقف من غير ان يحدد له كيفيته فكذلك يكون له أن يرتبه بينهم بالعدل أو يفضل بعضهم على بعض كاشتراط دخول بعضهم بصفه وخروج بعضهم بصفة أخرى فانه له ذلك وكقوله من حفظ القرآن فله فى الوقف

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ٢٠٩ (٢) انظر المحلى لابن حزم جـ٩ باب الحبس والشرح الكبير جـ٤ ص ٧٩ للدردير . المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ٢٢١ - والروضة الندية شرح الدرر البهية جـ٢ ص ١٦٠ ط المنيرية

كذا ومن تزوج فليس له شيء[1] . فانه صحيح .

(٢) ماروى من أن عمر رضى الله عنه قد كتب فى صحيفة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبدالله أمير المؤمنين ان حدث به حدث أن ثمنا وصرمة بن الأكوع - والعبد الذى فيه والمائة سهم التى بخيبر ورقيقه الذى فيه الذى أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالوادى تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لايباع ولايشترى بنفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوى القربى لاحرج على من وليه ان أكل أوآكل أو اشترى رقيقا منه -

ووجه الدلالة منه أن عمر قد خص حفصة دون اخوتها وأخوتها - فلو كان التفضيل محرما - ما أقدم عليه عمر رضى الله عنه[2] .

(٣) ان الزبير بن العوام تصدق بدوره وقال للمردودة من بناتية أن تسكن غير مضرة ولامضر بها وان استغنت بزوج فليس لها حق - وفى رواية أنه جعل دورة صدقة على نبيه لاتباع ولاتوهب ولاتورث وأن للمردودة من بناته - أن تسكن غير مضرة ولامضر بها -

ووجه الدلالة أن الزبير قد فضل بعض بناته وميز بعضهن على بعض ، حيث خص المردودة دون المستغنية ولوكان ذلك محرما ما أقدم عليه الزبير .

<u>مناقشة أدلة هذا القول</u> : وقد نوقشت أدلة هذا القول على الوجه التالى :

(١) يرد الاستدلال بما ورد عن أبى طلحة بأن الرسول قد أمره أن يجعلها فى الأقربين واحتمال جعلها فيهم على هيئة فيها جوز أو محاباة بعيد . لأن الصحابى الجليل يبتغى عمل الخير . أو الأحسان الى ذوى رحمه وتفضيل بعضهم على بعض ، أو حرمان بعضهم من حقه لا احسان فيه ولكنه اساءة مابعدها اساءة وبعث للأحقاد والنائمة فى صدورهم . وعلى فرض أن أبا طلحة قد فاضل بينهم فهذا احتمال قائم يساويه احتمال التسويه وليس أحد الاحتمالين بأولى من الآخر واذا تعارضا تساقطا فلا يدل لكم .

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٢٠٩
(٢) المرجع السابق ص ٢١٠

واذا تعارضا تساقطا ... •

(ب) ويرد الاستدلال بما روى عن عمر رضى الله عنه بأن ما فعله مع حفصة ليس تميزا لها فى العطاء بل انه جعل القوامه لها • والنظارة لانها كانت أهلا لذلك دون غيرها • بدليل أنه قال ثم يليه ذو الرأى من أهلها فالتخصيص ليس بمزيد من المنفعة بل انه حملها تبعة ادارته والاشراف عليه • وهذا فى الحقيقة عبء عليها ـ وليس تميزا لها •

(ج) ورد الاستدلال بماورد عن الزبير بأن هذا ليس تفضيلا لبعض الورثه على بعض ولكنه اشتراط الحاجة فى الانتفاع بالسكن فمن تحققت فيها منهن الشروط سكنت ومن استغنت لم تسكن وليس فى هذا تفضيلا ـ ولكنه فى الواقع ونفس الأمر مساواة اذ لو احتجن كلهن كان من حقهن جميعا السكنى ـ ولو استغنت كلهن لم تسكن فالخبر ليس مما نحن فيه •

ثانيا: ادلة القول الثانى ـ القائل بالبطلان عند التفاضل استدل بما يلى :

(١) بما رواه مسلم عن النعمان بن بشير قال تصدق على أبى ببعض ماله ـ فقالت أمى عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبى اليه يشهده على صدقتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال ـ لا قال اتقوا واعدلوا فى أولادكم • فرجع أبى فى تلك الصدقة وللبخارى مثله الا انه ذكره بلفظ العطية بدل الصدقة •(1)

والوجه منه أن الوقف أحد أنواع البر وعطية من العطايا وقد أمر الرسول بالعدل ـ والمساواة بين الأبناء والامر يقتضى الوجوب لذا فقد بادر بشير بالرجوع عن هذا العمل المنهى عنه ماذاك الا لأنه باطل •

(٢) وبما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما نزلت سورة النساء ينهى عن الحبس وفى روايه أخرى أنه قال لاحبس عن فرائض الله •(٢)

ووجه الدلالة ـ أن الرسول نهى عن الوقف اذا كان يعطل فريضة الله فى الميراث والواقف على بعض الورثه دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض فيه

....

(1) انظر نيل الاوطار جـ٦ ص٦ ـ وانظر مبحث وجوب التسوية بين الأبناء فى فصل الهبة وقد بحثناه هناك بحثا مستفيضا فراجعه فى الباب الثانى •

(٢) نيل الاوطار جـ٦ ص٢٢, وانظر بيان العلماء ص١٩

حبس عن فرائض الله تعالى فيكون منهيا عنه .

(٣) واستدلوا ثالثا ـ بالقياس حيث قالوا ان الوقف كالوصية بجامع أن كلا منهما تبرع والاضرار فى الوصية منهى عنه ـ بقوله صلى الله عليه وسلم ان الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرها الموت فيضاران فى الوصية فيجب لهما النار ثم قرأ أبو هريرة راوى الحديث ـ قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الانهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم (١) .

ويقاس أيضا على منعها للوارث فكذلك الوقف اذا ترتب عليه من الأضرار ما يترتب عليها .

مناقشة هذه الأدلة :

(أ) نوقش الحديث الاول وهو حديث النعمان بن بشير . بمناقشات كثيرة وقد استوفيتها فى مبحث الهبة فى الباب الثانى فلا أطيل بذكرها هنا .

(ب) ونوقش الحديث الثانى ـ بأن الحبس المنهى عنه هو حبس الجاهلية للسائبة والوصيلة والحام كما سبق القول أو بأنه منسوخ ولكن رد على هذه المناقشة بأن الحبس المنهى عنه الوارد فى الحديث نكرة فى سياق النفى فيكون عاما ـ والقول بالنسخ لا يصار اليه الا عند التعارض وتعذر الجمع والجمع هنا ممكن بأن يحمل هذا الحديث على الاحباس التى يكون فيها جور أو مفاضلة بين الورثة بعضهم على بعضهم وتحمل الأدلة المثبتة للوقف على الوقف الموافق للشريعة محققا للقربة الى الله تعالى وهو ما كان خاليا من الجور .

(جـ) ونوقش القياس بأنه قياس مع الفارق اذ الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت والوقف تبرع منجز حال الحياة ـ ورد هذا بأنه فرق غير مؤثر اذ لا يلزم أن يكون المقيس مثل المقيس عليه فى كل وجه .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٦

الترجيح :

وبعد أن أوردنا دليل كل قول ـ وذكرنا ما يمكن أن يرد عليه من مناقشه ودفع ما يمكن دفعه منها يتضح لنا أن الأولى بالقبول هو القول الثاني ـ الذي يقول بابطال الوقف ـ اذا كان القصد منه حرمان بعض الورثه أو تفضيل بعضهم على بعض بدون مسوغ شرعي واليك ما قاله صاحب الروضه النديه قال ـ ومن وقف شيئا مضارة لوارثة كان وقفه باطلا لان ذلك مالم يأذن به الله سبحانه وتعالى بل لم يأذن الا بما كان صدقة جارية ينتفع بها صاحبها ـ لا بما كان اثما جاريا ـ وعقابا مستمرا ـ وقد نهى الله عن الضرر في كتابه العزيز عموما وخصوصا ونهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم عموما كحديث لاضرر ولاضرار في الاسلام ـ وخصوصا كما في الجار وضرار الوصية ونحوهما ـ والحاصل أن الأوقاف التي يراد بها قطع ما أمر الله به أن يوصل ومخالفة فرائض الله عزوجل فهي باطلة من أصلها لاتنعقد بحال . وذلك كمن يقف على ذكور أولاده دون اناثهم وما أشبه فان هذا لم يرد التقرب الى الله تعالى . بل أراد المخالفة لأحكام الله عز وجل والمعانده لما شرعه لعباده . وجعل هذا الوقف الطاغوتي ذريعة الى ذلك المقصد الشيطاني . فليكن هذا منك على ذكر (١) .

....

(١) الروضه الندبة شرح الدرر البهيه جـ٢ ص ١٦٠ ط اداره الطباعه المنيريه تأليف أبي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري ملك بهوبال .

المبحث السادس

الصيغة

وفيه مطالب :   المطلب الأول

صريح الصيغة وكنايتها

ينقسم اللفظ الذى ينعقد به الوقف الى صريح والى كنايه :

(أ) فالصريح كل لفظ اشتهر فى الوقف شرعا أو عرفا[1] . وذلك مثل وقفت وحبست وسبلت فهذه الألفاظ الثلاثه متى اتى بها دون أمر زائد عليها انعقد بها الوقف لان هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقوله صلى الله عليه وسلم ان شئت حبست أصلها ـ وسبلت ثمرتها ـ فصارت هذه الألفاظ فى الوقف مثل لفظ التطليق فى الطلاق[2] . وفى معنى الصريح الأشارة المفهمة من الأخرس .

(ب) والكناية : هى اللفظ الذى لم يشتهر فى الوقف لا شرعا ولا عرفا فهى تحتمله وتحتمل غيره مثل تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحه أما الصدقه فانها كما تستعمل فى الوقف فانها تستعمل فى الزكاة والهبة وأما التحريم فانه كما يستعمل فى الوقف . فانه يستعمل كذلك فى غيره فيستعمل فى الظهار ـ والايمان وكما يكون تحريما على نفسه فانه يكون تحريما على غيره والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ـ والوقف لاينعقد بالكناية الا اذا انضم اليها واحد من أمور ثلاثة .

(١) أن ينضم اليها لفظ آخر يعينها ويجعلها خالصة فى الوقف فيقول صدقة موقوفة ـ أو صدقة محبسة أو صدقة مسبلة أو صدقة محرمة أو صدقة مؤبده .

(٢) أن توصف بصفة الوقف كأن يقول صدقة لاتباع ولاتوهب ولاتورث لان هذه القرينة تزيل الاشتراك وهذان النوعان يطلق عليهما عند الشافعيه صريح بغيره والأول صريح بنفسه[3] .

. . . .

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٩٠ مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨٢

(٢) المغنى جـ٦ ص١٩٠ (٣) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى جـ٢ ص٣٨٢

(٣) أن ينوى الوقف فيكون على مانوى ـ الا أن النيه تجعله وقفا فى الباطن دون الظاهر لعدم الأطلاع على ما فى الضمائر فان اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره فان قال اننى لم أرد بهذا الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى[1] .

انعقاد الوقـف بالكتابـه :

جمهور الفقهاء على أن الكتابه تعتبر من الصريح اذا كانت بخطه وأشهد على الكتاب لأنها والحالة هذه كاللفظ فى الأبانه عن المقصود والترجمه عما فى الفـؤاد وهى من الأخرس كالصريح باتفاق . وأما الكتابـه من القادر عليها فهى عند الشافعيه من قبيل الكتابة اذا انضمت اليها النية انعقد بها والا فـلا[2] .

انشاء الوقـف بالفعـل :

وقد ينشأ الوقف بالفعل من غير حاجة الى لفظ سواء أكان صريحا أم كتابيه وينشأ بالفعل كما اذا بنى مسجدا وأذن للناس فى الصلاة فيـه ـ واتخذ مقبرة وأذن للناس بالدفن فيها وخص الشافعيه ذلك بما اذا أقامه فى أرض موات ـ ولكن الأولى أن يقبل ذلك ويصح اذا أنشأه فى غير الموات ـ وكما يكون فى المسجد والمقبرة يكون فى غيرهما ـ من المدارس والمستشفيات وما فى حكمها مما هو مقصود به البـر والخير[3] . اذ لافرق بين أن يكون ذلك فى الموات وهو مملوك للدولة ـ اذا أذنت له بالأحياء ـ أم كان فى ملك خاص سببه أمر آخر غيـر الأحياء .

ويرى محمد بن الحسن فى المسجد وغيره بناء على رأيه من وجوب القبض أنه لابد أن ينضم الى اقامة المبنى ـ أن يصلى الناس فيه جماعة ولا يكتفى فيه بالاذن بالصلاة أو الصلاة فيه من واحد منفردا لان ذلك تأكيد للتسليم والقبض[4] .

ولكن الأولى بالقبول ـ أن يكتفى فيه بأن يأذن للناس فى الصلاة واقامة الشعائر وأن يخلى بين الناس وبين الدفن فى المقبرة وهكذا ـ والصلاة فيه تعتبر تأكيدا لهـذا العمل ـ واستعمالا لـه بعد أن وجد مسجدا أو اختطت الأرض مقبرة .

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٨١
(٢) انظر الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٨٥ ـ ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨١
(٣) انظر مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨١ ـ ٣٨٢
(٤) انظر المبسوط للسرخسى جـ١٢ ص ٣٤

المطلب الثاني

مكانة القبول من انشاء الوقف

تمهيد : العقود نوعان :

نوع لايتحقق الا بتوافق ارادتين واتحاد رغبتين فى ايجاد العقد . ويظهر هذا التوافق فى الايجاب والقبول . فلا يوجد التزام الا اذا كان طرفاه ارادتين احداهما موجبة والأخرى قابلة - وهذا مثل البيع والأجارة - وكل عقود المعاوضة ونوع آخر - هو عبارة - عن تصرف ينشأ عنه التزام - بالأرادة المنفردة وذلك مثل العتق - والأبراء - والنذر - والصدقة . فاذا أردنا تطبيق هذا على الوقف وجدنا أن كلا النوعين داخل فيه .

فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الوقف اذا كان على غير معين كالفقراء والمساكين - أوعلى جهة بر فانه ينشأ بالعبارة الدالة على الالتزام من جانب واحد هو الواقف ولايحتاج فى لزومه الى قبول من الجانب الاخر[1] . وذلك مثل الوقف على جهات البر والربط والفقراء .

فأما اذا كانت الطبقة الأولى معينة محصورة . فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك - وكان خلافهم على القولين .

(١) القول الأول : يرى أن القبول من الموقوف عليه شرط لصحة الوقف واليه ذهب الشافعيه فى الأصح عندهم - والحنابلة فى الروايه الراجحه وهو قول للمالكيه[2] .

(٢) القول الثاني : يرى أن القبول ليس بشرط فى انشاء الوقف ولا للأستحقاق فيه واليه ذهب الحنفية وهو مقابل الأصح عند الشافعية وقول للمالكية - وروايه لدى الحنابلة[3] .

....

(١) انظر حاشية عابدين جـ٣ ص٤٩٨ والمبسوط جـ١٢ ص٢٧ وما بعدها ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨٣ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٨٨

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨٣ والشرقاوى على التحرير جـ٢ ص١٥٤ - والشرح الكبير جـ٤ ص٨٨ - المغنى جـ٦ ص١٨٨

(٣) المراجع السابقه وانظر المبسوط جـ١٢ ص٢٧ ومابعدها . والاسعاف فى أحكام الأوقاف .

الأدلـــة :

وقد استدل أصحاب القول الأول على اشتراط القبول في الوقف على معين من الموقوف عليه . بالقياس.

فقد قاسوا الوقف على الوصيه والهبة بجامع أن كلا منهما تبرع فكما أن الهبـة والوصية يشترط فيهما القبول فكذا الوقف .

وقد رد هذا الاستدلال بما يأتي :

أولا : أن اشتراط القبول في المقيس عليه مختلف فيه والمفروض أن يكون الحكم في المقيس عليه محل اتفاق[1] .

ثانيا : على فرض القول بعدم الاختلاف في اشتراط القبول في المقيس عليه فان قياس الوقف على الوصية والهبة . قياس مع الفارق – ذلك – أن الوقف تبرع يمنع من التصرفات بالبيع . والهبة – والميراث بخلاف الوصية والميراث .

ثالثا : دليل القول الثاني – الذي يرى أن القبول ليس شرطا في انشاء الوقـف أو الاستحقاق فيه بالقياس – حيث قاسوا الوقف على العتق بجامع أن كلا منهما تبرع ينقل الملك الى غير مالك من العباد . فكما أن العتق لا يشترط فيه قبول فكذلك الوقف. ولأن في عدم توقف الوقف على القبول ترغيب في القيام بأعمال البر وتسهيل لانشاء الوقف بتقليل الاجراءات فيه .

المختـار :

والراجح في نظري . هو القول الثاني – الذي يرى أن الوقف لا يتوقف على قبول من الموقوف عليهم لأن الوقف – وان كان على معين – الا أن هذا المعين لا يختص به . بل له حق فيه – ويتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل . فيكون الوقف حينئذ وقفا على جميعهم الا أنه مرتب من ناحية الانتفاع به فصار بمنزلة الوقف على الفقراء – الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يتوقف على قبوله – وهذا بخلاف الوصية لمعين[2] .

....

(١) انظر فصل – الهبة – والوصية من هذه الرسالة .
(٢) المغني لابن قدامة جـ٦ ص ١٨٩

المطلب الثالث

مكانة القبض من تمام الوقف

اختلف الفقهاء في اعتبار القبض هل هو لازم لتمام الوقف أو ليس بلازم بمعنى أنه يكتفى فيه باللفظ وحده - أولا بد لتمامه من اضافة القبض ، وكان خلافهم على قولين :

(١) القول الأول : أن القبض ليس بشرط . واليه ذهب الشافعيه - والحنابلة في رواية عندهم وقول أبي يوسف من الحنفيه (١) .

(٢) القول الثاني : أن القبض - شرط لتمام الوقف - واليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفيه - والمالكيه (٢) ورواية لدى الحنابلة .

الأدلة :

أولا : أدلة القول الأول :

وقد استدل أصحاب القول الأول والقائل بعدم اشتراط القبض بما يلي :

(أ) بالقياس : فقالوا الوقف كالعتق بجامع أن كلا منهما تبرع . فكما أن العتق لا يلزم فيه القبض فكذلك الوقف .

رد هذا القياس :

وقد رد هذا القياس بأنه قياس مع الفارق - اذ أن القبض لا يتصور في العتق - اذ كيف يقبض العبد نفسه من نفسه بخلاف الوقف . فان القبض فيه منصور .

(ب) أن الوقف أحد العقود الناقله للملكيه . والعقود الناقله للملك تتم باللفظ وحده من غير حاجة الى قبض . على أن القبض في الوقف اذا كان على جهه بر أو على الفقراء فهو متعذر .

واذا كان على معين فانه ليس خالص حقه بل كما هو صاحب حق فيه . فالبطون التاليه أصحاب حقوق فيه كذلك . فاذا تأتى من الطبقه الأولى . أو البطن الأول

....

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٨٣ المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ١٨٨ المبسوط للسرخسي جـ ١٢ ص ٣٤ والهدايه جـ ٣ ص ١٦ (٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٧٨ والمبسوط للسرخسي جـ ١٢ ص ٣٤ والمغني لابن قدامه جـ ٦ ص ١٨٨

فكيـــف يتأتى ممن يليهـم ؟

ثانيا : استدل أصحاب القول الثاني القائل باشتراط القبض استدلوا بما يلى :

(١) بما روى أن عمر رضى الله عنه قد جعل وقفه فى يد ابنته حفصه رضى اللـــه عنها — ووجه الدلالة منه أن عمر قام بتسليم الوقف لابنته حفصه . ماذاك الا لأنـــه يرى أن القبض من تمام الوقـــف .

(٢) واستدلوا بالقياس حيث قاسوا الوقف على الهبة والصدقة المنجزة — اذ فى كل منهما ازالة الملك على جهة التمليك للغيروهما لايتمان الا بالقبض فكذلك الوقف.

مناقشة أدلة الـرأى الثانـى :

(أ) وقد رد استدلالهم بما روى عن عمر رضى الله عنه من أنه قام بتسليم الوقف لحفصة لانه يرى أن ذلك شرط لتمام العقد . رد ذلك بأن عمر سلمها ذلك لا لأنـــه يرى أنه لتشوط لتمام الوقف ولكنه سلمها ذلك بمقتضى الشرط — الوارد فى عقـــد الوقف حيث قال — ان ارتمغ بثمسغ . وما فيها من أعبد — والمائه السهم الـتى لى بخيبر صدقة لايباع أصلها — ولا يوهب — ولا يورث. على أن تليه حفصة ما عاشت ثم أصحاب الرأى من قومها . فهو تسليم بمقتضى الشرط الوارد فى العقد فهو بمثابـــة التوكيل فى القوامة على الوقف والنظارة عليـــه . ولم يسلمها ذلك لانـــه شرط لازم لتمام الوقـــف .

كما يحتمل أنه سلمها الوقف لتقوم عليـــه لعدم وجود وقت لديه كى يديره . لأن شئون المسلمين استوعبت وقته كله .

(ب) ويرد استدلالهم . بقياس الوقف على الهبة والصدقة المنجزة بأنه قياس مع الفارق — اذ أن فى الهبة والصدقة المنجزة تمليك للعين والمنفعة ولا كذلك الوقف.(١)

المختـــار والترجيـــح :

وانني أختار القول الاول القائل بأن القبض ليس شرطا لتمام الوقف لان القبض أمـــر خارج عن العقد . فلا يتوقف تمام الوقف عليه كالبيع ولان ما قاله أصحاب القول الثاني لم يسلم من المناقشة . فكان دليل القول الاول أقوى فهو أولى بالاختيـــار .

....

(١) انظر المبسوط للسرخسى جـ١٢ ص٢٥ — حاشية بن عابدين جـ٣ ص٥٠٣ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٨٨

المطلب الرابع

تأبيد الوقف

اختلف الفقهاء فى اشتراط التأبيد فى صيغة الوقف وفى صحته مؤقتا على ثلاثة مذاهب:

(١) المذهب الأول: يرى أن الوقف لا يصح الا مؤبدا دلت عليه الصيغة لفظا أم لم تدل. واليه ذهب جمهور الفقهاء - الشافعيه والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية[(١)]

(٢) المذهب الثانى: أن الوقف لا يصح الا مؤبدا - ولابد من النص على التأبيد فى الصيغة واليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية[(٢)].

(٣) القول الثالث: يرى أن الوقف كما يصح مؤبدا فانه يصح مؤقتا حسبما تدل الصيغة واليه ذهب المالكية[(٣)].

الأدلة:

وقد استدل أصحاب كل مذهب على ما ذهبوا اليه بأدلة نوردها على الوجه التالى:

أولا: دليل المذهب الأول الذى يرى أنه لا يقع الا مؤبدا ولا يشترط النص على التأبيد استدل بما يلى:

(أ) بالعبارات التى وردت فى حديث عمر حيث جاءت طرقه المختلفة بعبارات تدل كلها على التأبيد.

(أ) فكلمة حبس الاصل - تدل عرفا على تأبيد الوقف - لأنه لو جاز رجوعه الى ملك الواقف لم يكن محبسا فالتحبيس ينافى التأقيت.

(ب) كما أن قوله أيضا لا تباع ولا توهب ولا تورث صريح فى التأبيد اذ لو كان التأقيت جائزا لجاز بيعه وهبته ولكان يورث عن الواقف.

....

(١) الهداية جـ٣ ص١٢ . ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٨٣ . والمغنى لابن قدامة جـ٦ ص ١٩٥ - ٢١٦ ، ٢٢١ . (٢) الهداية جـ٣ ص١٢ وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٤٩٦ ، ٥٠٦ (٣) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص٢٢١ ، انظر محاضرات فى الوقف للشيخ أبى زهرة.

(جـ) وكذلك قوله حبيس مادامت السموات والأرض. فهذا دليل لا يحتمل الا التأبيد وهذه العبارات ان كانت من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم فهى بيان منه عليه السلام لاشتراط التأبيد وأن الوقف لا يصح الا على الصورة التى بينها لحقيقة الوقف.

وان كانت من كلام عمر فان الرسول عليه السلام قد أقره عليه فكان ذلك اقرارا للكيفية التى ينشأ عليها الوقف وعلى ذلك فان الوقف لا يجوز الا على ما افادته النصوص الواردة فيه .

(٢) بالقياس: فقد قاسوا الوقف على العتق بجامع أن كلا منهما تبرع فكما أن العتق لا يصح الا مؤبدا فكذلك الوقف وقاسوه على البيع بجامع أن كلا منهما عقد ناقل للملك فكما أن البيع لا يصح مؤقتا فكذلك الوقت .

ثانيا : دليل المذهب الثانى القائل انه لابد من النص على التأبيد وهو مذهب محمد بن الحسن بما يأتى :

قال ان الوقف تصدق بالمنفعة أو بالغلة وذلك كما يكون مؤبدا فانه يكون مؤقتا ومادام الامر محتملا . فلابد من النص على التأبيد حتى تتمحض الصيغة للدلالة على المراد وتؤدى الغرض المقصود منها - وهو دوام الانتفاع بالغلة والمنفعة .

ولكن يعترض على هذا الاستدلال بأن الصيغة الواردة فى الوقف تدل بذاتها على التأبيد فلا حاجة تدعوا الى ضرورة النص عليه فى العقد[(١)] .

ثالثا : دليل القائلين بصحته مؤبدا ومؤقتا وهم المالكية استدلوا بما يلى :

(أ) قالوا ان الوقف نوع من الصدقة والصدقة كما تجوز بالغلات مؤبدة فانها تجوز بها مؤقته فكذلك الوقف ولا دليل يبيح هذه ويمنع ذلك فالتفرقة بين النوعين تحكم لا مبرر له .

(ب) بالقياس : فقالوا ان الوقف المؤقت صحيح كالوقف المؤبد بجامع أن كلا منهما أحد نوعى الوقف وقد ردت هذه الأدلة بما يلى :

....

(١) راجع الهداية جـ٣ ص١٢

(أ) أن الوقف ـ وإن كان نوعا من الصدقة ـ الا أنه محكوم بالنصوص التى وردت فيه ولا يجوز أن يخضع الى غيرها ـ ولأن ماثبت على خلاف القواعد يقتصر فيه على مورد النص ولا يتعداه الى غيره ـ وبيان وروده على خلاف القواعد أنه ينقل ملكية مقيدة ـ لاتباع ـ ولاتوهب ولا يورث والمعهود فى كل التصرفات الناقلة للملك انها تنقله بآثاره ومميزاته ، وإذن فالتفرقة لاتعتبر تحكما . ولكنها اقتصار على ماورد فيه النص وجاء على خلاف القواعد .

(ب) قياس الوقف المؤقت على الوقف المؤبد قياس فى مقابلة النصوص فلا يقبل .

المختار :

وبعد بيان المذاهب ـ وأدلتها . ومناقشه ماورد عليه مناقشه منها يتضح لنا . أن الأولى بالقبول ـ هو القول الأول ـ القائل ـ بأن الوقف لايصح الا مؤبدا ـ وأنه لايشترط النص عليه فى الصيغة وذلك لسلامة أدلته ونسجامه مع النصوص الواردة فى الوقف.

المطلب الخامس

أثر التعليق فى الوقف

التعليق – هو ربط حصول مضمون جمله بحصول مضمون جملة أخرى. بأداة من أدوات الشرط.

والعقد المعلق هو مادلت صيغته على تعليق وجوده على وجود شئ آخر بأداة من أدوات الشرط كان – واذا وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف اذا علق بالموت كأن قال – اذامت فدارى وقف على الفقراء والمساكين – فهو صحيح – ويخرج مخرج الوصية – أى ينفذ من ثلث التركة – والدليل على صحة الوقف المعلق على الموت . ماروى فى وقف عمر. فقد جاء فى وقفه هذا ما أوصى به أمير المؤمنين ان حدث به حدث أن ثمنا صدقة الخ . .

ووجه الدلالة أن هذا كان بأمر الرسول واشتهر أمره بين الصحابة ولم ينكر فكان اجماعا[1] .

فأما اذا لم يكن معلقا بالموت فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء وكان خلافهم على ثلاثة أقوال .

(١) القول الأول : أن تعليق الوقف على شرط فى الحياة يصح اذا تحقق المعلق عليه سواء أكان مشابها للعتق أم لا واليه ذهب بعض الفقهاء منهم المالكية[٢] .

(٢) القول الثانى : أن الوقف – اذا علق على شرط فى الحياة – لا يصح مطلقا سواء أكان مشابها للتحرير أم لا . واليه ذهب الحنابلة[٣] .

(٣) القول الثالث : فرق بين ما اذا كان الوقف مشابها للتحرير أم لا فاذا كان مشابها للتحرير صح – والا فلا – واليه ذهب الشافعيه[٤] .

ومثل المشابه للتحرير أن يقول – ان جاء رمضان فأرض مسجد ومثال مالم يشبه التحرير ان جاء رمضان فأرضى وقف على ولدى .

....

(١) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص٢٢ (٢) الشرح الكبير جـ٤ ص ٧٦

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص٢٢١ (٤) جـ٣ ص ٣٨٥

الأدلة :

وقد استدل كل على ما ذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة القول الاول استدل بما يلى :

بأن الوقف المعلق على شرط فى الحياة صحيح قياسا على الوقف المعلق على الموت بجامع أن كلا منهما وقف معلق على شرط .

ثانيا : أدلة المذهب الثانى : الذى يرى أن الوقف المعلق غير صحيح مطلقا استدل بما يأتى :

قالوا ان الوقف نقل للملك فيما لم يبين على التقليب والسرايه فلم يجز معلقا على شرط قياسا على الهبة فانها لما كانت سببا من أسباب نقل الملك ولم تبين على التقليب والسرايه لم يجز تعليقها على شرط فكذلك الوقف[1] .

ثالثا : دليل المذهب الثالث المفرق بأن الوقف اذا أريد به سبيل الله تعالى كالمسجد والرباط فانه يصح كالعتق لظهور القربة فى كل منهما — فهو شديد الشبه بالعتق — وليس كذلك الوقف على زيد أو أولاده[2] .

الترجيح والأختيار :

والذى يظهر اختيارة ورجحانه هو القول الثالث المفصل . ورد ما استدل به القائلون بالصحة مطلقا حيث قاسوا ما علق على شرط فى الحياة على ما علق بالموت بأنه قياس مع الفارق اذ أن المقيس عليه قد خرج مخرج الوصية والوصية يتوسع فيها مالا يتوسع فى غيرها بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللحمل . والوقف ليس كذلك[3] .

ويرد ما استدل به المانعون مطلقا بأن الوقف على المسجد وما جرى مجراه يتحقق فيه ما يتحقق فى العتق من ندب الشارع الى كل منهما — والترغيب فى تعمير المساجد ورد فيه نحو ما ورد فى الترغيب فى العتق .

كما قال تعالى — انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الاخر . وقال تعالى — وأن المساجد لله . وقال — ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها أولئك ما كان لهم أن يدخلوها الا خائفين . فناسب أن يجرى فيها ما يجرى فى العتق من التغليب فغلب الصحة والنفاذ على نقضهما .

....

(١) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص٢٢١ (٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٨٥

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص٢٢

الفصـــل الثالـــث

الحمـــى

وفيـه مباحـث :

المبحث الأول : تعريفـه ـ والهدف منـه
" الثانى : من لـه سلطـه الحمى ؟
" الثالث : فى أحكام الحمى .
" الرابـع : هل يعتـبر الحمى أصـــلا للتأمـيم ؟

المبحث الأول

تعريف الحمى

تعريف الحمى فى اللغة :

الحمى فى اللغة المنع وهو مصدر حمى يحمى حمى من باب رمى يرمى تقول حميت المكان حماية منعته وأحميته جعلته حمى لا يقرب ولا يجترء عليه يقول الشاعر

ونرعى حمى الأقوام غير محرم ∴ علينا ولا يرعى حمانا الذى نحمى

وفى مختار الصحاح يحميه حماية دفع عنه وهذا شئ حمى أى محظور لا يقرب وأحميت المكان جعلته حماه حمى (١) .

والمقصود بالحمى فى العرف الشرعى أن يمنع الامام أو نائبه أرضا مخصوصة من الأحياء وغيره لتكون مرعى لمواشى مخصوصة (٢) .

الهدف من الحمى :

ولقد كان الحمى فى الجاهليه أحد وسائل الاستيلاء التى أسهمت فى اتساع الهوة حتى بدت سحيقة بين القبائل بعضها وبعض وبين الأشخاص بعضهم وبعض ، فقد كان رئيس القبيله وشيخها ينزل المنزل المخصب فاذا اراد أن يختص بما فيه من كلاء ومرعى أحضر كلبا ثم يستعويه ويجعل له من يتسمع منتهى صوته فحيث بلغ صوته حماه من كل ناحية وبذلك لا يجوز لقبيله أخرى أو لأى فرد من غير قبيلة أن يرعى فيه . ويرعى هو مع العامة فيما سواه ،

فلما جاء الاسلام ووجد هذا التسلط من القوى على الضعيف سلب هذه الوسيلة من الأفراد وجعلها لرئيس الدولة أو نائبة لتكون أداة لتوفير الكفاية ونشر العدل بين أبناء الامة جميعا حيث تستطيع أن توفر الارض لخيل الجهاد أو ما فى حكمها ....

(١) المصباح المنير باب الحاء والميم وما يثلثهما ومختار الصحاح ماده حمى .

(٢) انظر الأم للامام الشافعى جـ٣ ص ٢٧ ط دار الشعب ، ونيل الاوطار ص٣١٨ ، ص ٣٠٩

لكى ترعى فيها – وحتى تجد أنعام الضعفاء عن الانتجاع النوعى الذى يحفظ عليها حياتها – ويحوط الضعفاء عن ضعفهم يقول الرسول صلى الله عليه وسلم لاحمى الا لله ولرسوله ولقد باشر الرسول عليه السلام هذا الحق تأييدا للحقيقة الجديدة وهى أن الحمى لم يعد وسيلة فردية – وانما أصبح وسيلة جماعية من حق الدولة وحدها أتباشوه فعن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع للخيل خيل المسلمين (١) .

وكما باشر الرسول عليه السلام هذا الحق باشره كذلك الخلفاء من بعده من أجل الغاية نفسها فقد حمى أبو بكر رضى الله عنه بالربذه – واستعمل عليه مولاه أبا سلامة وحمى عمر رضى الله عنه من الشرف مثل ما حمى أبو بكر من الربذة وولى عليه مولاه هنى (٢) . ولقد يوضح الغاية التى شرع من أجلها الحمى ما أمر عمر رضى الله عنه به مولاه هنى . حينما ولاه أمر الحمى فعن أسلم مولى عمر أن عمر استعمل مولى له يدعى هنيا – على الحمى فقال ياهنى . اضمم جناحك على المسلمين وفى الأم للأمام الشافعى (أضمم جناحك للناس) واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مستجابه وأدخل رب الصريمة والغنيمة .

واياى ونعم بن عفان ونعم بن عوف فانهما ان تهلك ما شيتهما يرجعان الى نخل وزرع ورب الصريمة (٣) . والغنيمة ان تهلك ما شيته يأتينى ببينه يقول يا أمير المؤمنين . أفتاركهم أنا لا أبالك . والماء والكلأ – أيسر على من الذهب والورق وأيم الله – انهم ليرون – أنى ظلمتهم – انها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام – والذى نفسى بيده لولا المال الذى أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شيئا (٤) . وهنيئى تصغير هنى .

....

(١) نيل الأوطار ج٥ ص٣٠٨ (٢) انظر فتح البارى ج٥ ص٣٤ – النقيع بالنون كل موضع يستنقع فيه الماء والمكان الذى ذكر فى الحديث على بعد عشرين فرسخا من المدينة ومساحته ميل فى ثمانيه أميال والربذة بفتح الموجده بعدها ذال معجمه موضع بين مكة والمدينة – والشرف موضع قرب مكة .

(٣) الصريمة تصغير صرمة وهى ما بين العشرين الى الثلاثين من الابل أو من الشمر الى الاربعين منها – والغنيمة تصغير غنمة والمعنى رب الابل والغنم القليلين .

(٤) انظر الاموال لابى عبيد ص٤١٨ والاحكام السلطانية ص ١٨٥ للماوردى .

ان الدولة قد تجد نفسها مضطرة لأن تهيئ للعاجزين عن الانتجاع ـ وطلب المرعى . الارض التى تكفيهم لذلك ـ وهى ملزمة أن تمدهم بالأسباب والوسائل التى تمكنهم من الانتفاع والاستغلال لهذه الارض على أكمل وجه . مثل حفر الابار . وتأمين الطريق وعدم التعدى عليهم وهكذا فلا يكفى أن تقوم بتحديد الارض اللازمة ثم تصرح لهم بالرعى فيها بل لابد من تهيئة الوسائل التى تمكن أصحاب هذا الحق على الاستفادة التى تحقق لهم غايتهم . فهذا هو رسول الله صلى الله عليه وسلم حين يحزم على حمى النقيع بأمر حاطب بن أبى بلتعة ـ أن يحفر فيه بئرا ثم يأمر به فيحمى ويستعمل عليه بلال بن الحارث المزنى يقول بلال كم أحمى منه يارسول الله ؟ فيقول ـ أقم رجلا صينا اذا اطلع الفجر على هذا الجبل فحيث انتهى صوته فأحمه لخيل المسلمين ـ وابلهم التى يغزون عليها ـ قال يارسول الله أفرأيت ما كان من سوائم المسلمين فقال لايدخلها قال أرأيت المرأة ـ أو الرجل الضعيف تكون له الماشية اليسيرة وهو يضعف عن التحول؟ قال دعه يرعى (١) .

---

(١) الاموال لأبى عبيد

المبحث الثاني

من له سلطة الحمى ؟

اتفق الفقهاء على مشروعية الحمى - ووقوعه من النبى صلى الله عليه وسلم واختلفوا بعد ذلك هل الحمى جائز من الأئمة القائمين مقام الرسول عليه السلام فلهم مباشرة هذا الحق أم أنه - كان خاصا بالرسول صلى الله عليه وسلم ؟ وكان خلافهم على قولين :

(١) القول الأول : يرى أن الحمى جائز للأئمة من بعده عليه السلام واليه ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والأصح عند الشافعية .

(٢) القول الثاني : يرى أنه غير جائز فهو خاص بالرسول وحدة - وهو قول لدى الشافعية .

الأدلة :

ولكل من القولين أدلة على ماذهب اليه نورها كما يلى :

أولا : أدلة القول الأول : القائل بأنه يجوز للأئمة مثلما جاز للرسول عليه السلام - استدلوا بما يأتى :

(١) بقوله عليه السلام - ما أطعم الله نبيا طعمة الا جعلها طعمة لمن بعده (١) .
والوجه منه - أن كل ماوقع من الرسول ولم يكن خصوصية له وكان من مصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٢) ماحدث من الخلفاء الراشدين فقد وقع الحمى من أبى بكر وعمر - وعثمان - واشتهر ذلك فى الصحابة ولم ينكر فكان اجماعا (٢) .

ثانيا : دليل القول الثاني - القائل انه لايجوز لأحد بعد النبى صلى الله عليه وسلم - استدل بما يلى :

. . . .

(١) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٦٨ وبداية المجتهد جـ١ ص ٣٣٧
(٢) انظر الاحكام السلطانية للماوردى ص١٨٥ - والمغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٦٨

ما رواه الصعب بن جثامة — أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حين حمى النقيع — لاحمى الا لله ولرسوله (١) . يقول الامام الشافعي رضى الله عنه يحتمل معنى الحديث شيئين — أحدهما — ليس لأحد أن يحمى للمسلمين الا ما حماه النبي صلى الله عليه وسلم — والآخر معناه — الا على مثل ماحماه عليه النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الأول ليس لأحد من الولاة من بعده أن يحمى — وعلى الثاني يختص الحمى بمن قام مقام النبي صلى الله عليه وسلم وهو الخليفة خاصة — ومن أصحاب الشافعي من الحق ولاة الأقاليم بالخليفة (٢) .

والراجح :

والراجح ما اختاره الجمهور من جواز ذلك للأئمة من بعده عليه السلام — لوقوع ذلك من الخلفاء من بعده ولقد كان حمى عمر رضى الله عنه موضع أخذ ورد بينه وبين أصحاب الارض التي حماها ومن شأن ذلك أن يذيع أمره ويشتهر ومع ذلك لم ينكر أحد على عمر ما قام به كما أن أبا بكر وعثمان قد فعلاه فكان ذلك اجماعا كما سبق القول .

وعلى ذلك يتعين حمل الحديث الذى ساقه أصحاب القول الثاني على المعنى الثاني وهو أن يكون على مثل ماحماه الرسول صلى الله عليه وسلم من وجوب أن يكون على وجه لا يلحق ضررا بعامة المسلمين . وأن يكون الهدف من ورائه سد حاجة المحتاجين وجبر ضعف الضعفاء عن طلب المرعى . وأن تقوم الدولة بتجهيزه بالمرافق بما يتفق وكل عصر . حتى يؤدى الغاية المرجوة منه . وأن لا يحمى لنفسه فلا يجعله ملكية خاصة له بل هو ملكية جماعية للدولة عليها سلطان التصرف .

....

(١) نيل الاوطار جـ٥ ص ٣٠٨ — والاموال لابى عبيد ص٤١٣ — والاحكام السلطانية للماوردى ص١٨٥

(٢) فتح البارى جـ٥ ص٣٤ ط الأولى — ونيل الاوطار للشوكاني جـ٥ ص٣٠٥

المبحث الثالث

أحكام الحمى

نبين فى هذا المبحث الامور التى يجب أن تتوفر حتى يؤدى الحمى الغرض الذى من أجله شرعه الاسلام وعدل فى جوهره فيجب أن تتوافر فيه الأمور الاتية :

(١) يجب أن تكون هناك ضرورة ملحة تدعوا الى الحمى - وأن تكون هذه الضرورة تفوق الضرر الذى يمكن أن يترتب على القيام باحماء مساحة من الارض - على نحو ما كان موجودا من حاجة الدولة الاسلامية الى توفير المراعى لخيل الجهاد - ونعم الصدقة - وما شبه ذلك الضعفاء الذين لا يستطيعون الابعاد بمواشيهم طلبا للمرعى فاذا توفرت مثل هذه الحاجة الملحة جاز للأمام أن ايحمى من الأراضى مايراه دافعا لهذه الحاجة - ولا عبرة بالضرر الذى يقع على بعض الناس نتيجة للحمى . لأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف - ولأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة . ولذا لم يعبأ سيدنا عمر رضى الله عنه بالاعتراض الذى أثاره الأعرابى من بنى الذى كلمه فيه فعن زيد بن أسلم عن عامر بن عبد الله بن الزبير قال أتى أعرابى ثعلبة فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية . وأسلمنا عليها فى الاسلام علام تحميها ؟ قال فاطرق عمر - وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان اذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ فلما رأى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك عليه فقال عمر المال مال الله - والعباد عباد الله - والله لولا ما أحمل عليه فى سبيل الله - ما حميت من الأرض شبرا فى شبر .(١)

(٢) يجب أن يكون الحمى من أجل الطوئف التى سبق ذكرها - كالخيل المرصدة للجهاد . فهذه مصلحة عامة أو للفقراء فلا يحمى لنفسه أو لأحد من أقارب أسرته أو حاشيته أو أعوانه يقول الماوردى فاما حمى الأئمة من بعده فان حموا به جميع الموات أو أكثره لم يجز وان حموا أقله لخاص من الناس أو لأغنيائهم لم يجز .(٢)

....

(١) انظر الاموال لابى عبيد ص٤١٩ والمغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٦٧ - ومغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٨ (٢) الاحكام السلطانية ص١٨٥ للماوردى

ولا يعترض على ذلك - بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال - حين أراد حمى أرض النقيع وقد صعد على جبل به : هذا حماى وأشار بيده الى القاع[1] فاذا جاز ذلك للرسول فانه يجوز للخليفة من بعده لأنه قد قال - ما أطعم الله نبيا طعمة الا جعلها طعمة لمن بعده .

أقول لايجوز أن يعترض بذلك لان ما كان للرسول فانه كان يرده في مصالح المسلمين كما قال عليه السلام ليس لى من غنائمكم الا الخمس والخمس مردود فيكم أو عليكم على أن خير الحمى نفسه يبين أن الهدف من الحمى الذى حماه الرسول كان توفير مرعى ثابتا لخيل الجهاد كما قال ابن عمر رضى الله عنهما - حمى النبى صلى الله عليه وسلم النقيع لخيل المسلمين - ولذا يقول ابن قدامه فارقا بين الرسول وبين الامام من بعده - وأما ماحماه الامام لنفسه فيفارق حمى النبى صلى الله عليه وسلم لان صلاحة يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرده فى المسلمين ففارق الأئمة فى ذلك وساووه فيما عداه فيما كان صلاحا للمسلمين[2] .

وكذلك لايجوز للامام أو نائبه - أو لحاكم الأقليم - على رأى فيه بجواز ذلك له - أن يحمى مساحات واسعة تنزل الضرر بمجموع الناس أو قطاعا كبيرا منهم فان ذلك يتعارض مع الحكمة التى شرع الحمى من أجلها يقول ابن قدامة وليس لهم أن يحموا قدرا يضيق به على المسلمين ويضربهم . لأنه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى وليس من المصلحة ادخال الضرر على الناس[3] .

(٤) يجب أن يكون الرعى أو الانتفاع بدون مقابل فلا يجوز للأمام أن يلزم أحدا ممن له الحق فى هذا المرفق العام بدفع عوض مايحصل عليه من الانتفاع لأن الرعى مثلا فى موضوعنا - اما أن يكون من خيل الجهاد وهذه مصلحة عامه وهدف للأمة كلها يجب على الدولة أن تكفل دوامه وبقاءة قويا والرعى سبيل من سبل تحقيق ذلك .

أو يكون من نعم الصدقه وهذه أموال مملوكه لطبقات عاجزه عن توفير القوت لنفسها فكيف يثقلون بالمطالبه بثمن لمراعى نعم الصدقة - وهى أموال رصدت

....

(١) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٦٨ - والاحكام السلطانية ص١٨٥

(٢) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٦٧ - ١٦٨ (٣) المغنى جـ٦ ص١٦٨

لرفع مستواهم وأخذ مقابل للمرعى يخفض هذا المستوى ويزيد حالتهم سوء .

واما أن يكون من دواب الضعفاء عن طلب المراعى . واذا كانوا ضعافا ضعفا ذاتيا - أو ضعفا راجعا لقلة الأموال لديهم - فمن غير العدل أن نلزمهم بما يزيد من ضعفهم ويفقدهم الميزة التى نوفرها لهم الدولة قياما بحقهم عليها - يقول الشيخ الخطيب - ويحرم على الامام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشى عوضا عن الرعى فى الحمى والموات بلا خلاف.[1]

ولم يثبت أن الرسول عليه السلام - ولا أحدا من الخلفاء ممن وقع منهم الحمى أن أخذ شيئا على سبيل التعويض ، ممن أبيح لهم أن يستمتعوا بهذا الحق .

(٥) يجب الأبقاء على ما حماه الرسول صلى الله عليه وسلم على ما هو عليه فلا يجوز تقيده مع بقاء السبب الذى من أجله أحمى . هذا باتفاق . فأما اذا زالت الحاجة الداعيه فقد قال الشافعية انه لا يغير كذلك[2] . وعند الحنابلة ففيه وجهان

<u>أحدهما</u> : موافق لما قاله الشافعية

<u>والثانى</u> : يقول انه يجوز تغييره لأن الحاجة التى دعت الى وجودة قد زالت فلم يعد فى بقائه مصلحة هذا بالنسبة الى ما قام الرسول باحمائه فأما ما حماه غيره من الأئمة . فانه يجوز للأمام اللاحق أن يعدل فيه أو يغيره أو يلغيه ان رأى فى ذلك مصلحة لان المصلحة تتغير بتغير الزمان والمكان فما يكون نافعا الآن قد لا يكون نافعا فى المستقبل وقد يكون بقاؤه أكثر ضررا من الغائه[3] .

وهناك وجه مرجوح لدى الشافعية بالمنع من التغير لأنه عندما حمى هذا المكان فقد عينه لتلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة[4] . أى فان حكمه يكون حكم الموقوف . ولكن هذا قول رجوح - والراجح ما عليه الأكثرون - اذ أن هذا الحمى وجد بسبب الحاجه اليه فهو معلل بها . فاذا انتفت الحاجة - أو انعدم السبب - انتفى الحكم المبنى عليها والمسبب بها .

....

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٨   (٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٨
(٣) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص٣٦٨   (٤) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٨

وبناء على ما تقدم فان من أحيا شيئا من الأرض التى حماها الامام فهل يملكه أم لا ؟

ان قلنا يجوز للامام اللاحق أن ينقض حمى الامام السابق فان أذن له فى الأحياء كان الأذن نقضا للأحماء السابق ويملكه المحى بالاحياء ،

وان قلنا بعدم جواز النقض وذلك اذا كان الحمى صادرا عن الرسول عليه السلام مطلقا - أو كان من غيره ولم يكن هناك مصلحة تدعو للنقض . أو قلنا بالمرجوح من أنه ليس له النقض مطلقا . فانه لايملك بالاحياء حتى لو أذن فيه الامام .

وعلى كل فانه لايجوز لأحد الأحياء فى أرض الحمى بغير اذن الامام لأن ذلك يكون بمثابة الأعتراض على تصرف الامام وحكمه وهو لايجوز (١) .

فمن بنى أو غرس على القول بالمنع هدم بناؤه وقلع غرسه لأنه عمل عملا باطلا وكان للامام أن يعزره ان علم الحكم وتعدى (٢) .

(٥) يرى عامة الفقها - أن للامام أ يحمى من أرض الموات وحدها دون غيرها من الأرض والموات عندهم - هو المباح الذى لامالك له من الارض وعلى ذلك فان الحمى لايباح الا فيما لا مالك له من الارض .

الا أنه قد سبق لنا فى أقسام الارض أننا اقمنا الدليل على أن الموات مملوك للدولة التى يمثلها الامام ولايجوز لاحد أن يحمى شيئا منه بدون اذن الامام تأسيسا على السلطة المخولة له بحق التصرف فى هذه الارض فليس مباحا اذن . وكما يجوز الحمى فى الارض الموات فانه يجوز كذلك فى الارض التى لها مالك اذا كانت هناك مصلحة تفوق الضرر الذى سيلحق بأصحاب هذه الأرض المحماة كما سبق القول - على أن تكون الدولة ملزمة بتعويضهم عما يلحقهم من ضرر - كما حدث من عمر رضى الله عنه وعثمان فى البيوت التى احتاجا اليها فى توسيع المسجد الحرام فنزعت من أصحابها بالرغم عنهم وعوضوا بدلها (٣) .

....

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٨ (٢) الاحكام السلطانية للماوردى ص١٨٦

(٣) انظر مبحث الدور والمساكن من هذه الرسالة .

كانت
ثم أننى أرجح أن الارض التى حماها عمر رضى الله عنه لقوم ملكا او اختصاصا
واستبعد اى احتمال آخر يظهر ذلك من الحوار الذى دار بين الأعرابى الذى
جاء متحدثا عن قومه بنى ثعلبة وبين الامام عمر رضى الله عنه فقد كان الأعرابى
يتكلم بأسلوب يدل دلالة قوية على أنهم ملاك لهذه الارض التى قام باحمائها عمر
الا تراه يقول يا أمير المؤمنين انها بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا
عليها فى الاسلام علام تحميها ؟ فلو أن بنى ثعلبة لا يملكون هذه الارض على الوجه
المتعارف فى أيامهم . ولو لم يكن لهم فيها الا مجرد حق الرعى مثلا . لقال
يا أمير المؤمنين انك تضيق علينا بما أقدمت عليه من أحماء هذه الارض وأنك فوت
علينا حق الرعى فيها مثلا أو شيئا من هذا القبيل - لكن الاعرابى كان يعترض
اعتراض منطقية يثق باستحقاقه لهذه الارض ويتحدث بلسان المالك الذى يرى
ضياعا لملكه .

ومن جهة أخرى فان سيدنا عمر كان يدرك من ناحيته أنهم ملاك لهذه الارض
والا فلو كان يعلم خلاف ذلك لكان من السهل عليه أن يقول له مثلا ليس من حقك
أن تقول هذا الكلام أو تعترض على فعل ليس فيه تعد على حق من حقوقكم فلستم
ملاكا لهذه الارض - أو شيئا مثل هذا ولم يكن هناك داع لأن يضيق عليه الامر
حتى يفتل شاربه وينفخ ماذاك الا لأنه يرى بلاشك أنه قد قام بحمايه أرض مملوكة
لهم .

ثم هو يقول بعد ذلك وأيم الله انهم ليرون أنى قد ظلمتهم - انها لبلادهم
قاتلوا عليها فى الجاهليه وأسلموا عليها فى الاسلام . فهذا اقرار منه بأن الارض
مملوكه لهم .

الا أنه قد أبان عن حقيقة هامة وهى بيان ماهية الملكية فى الاسلام فهى
ليست ملكية أثرة وحب للذات بقدر ماهى وظيفة اجتماعية تخضع لسلطان المجموع وتتحرك
فى اطار المصلحة العامة من هنا كان قول عمر . المال مال الله - والعباد عباد
الله والله لولا ما أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت من الارض شبرا فى شبر .

ملكا
ولهذا - فاننى أرى أنه لامانع من أ يجرى الحمى فى الارض المملوكة خاصة
كما يجرى فى الارض الموات المملوكة للدولة لكن على أن تعوض الدولة أصحاب هذه الارض

وأن يكون الحمى يحقق مصلحة أكبر من الضرر الذى يلحق بالملاك كما سبق القول .

(٧) يرى الماوردى وغيره أنه يجوز أن يكون الحمى للعامة فيجوز أن ينتفع به الأغنياء مع الفقراء وذلك حين يجعله للمسلمين جميعا .

واننى أخالفهم فى هذا مع عميق احترامى لهم - وقد بحثت عن نص أو قاعدة يستند اليها هذا القول فلم أجد - وفوق كل ذى علم عليم - وأنا لا أدعى علما أو افتات على عالم جليل مثل أبى الحسن الماوردى الا أننى حسب مقدرتى على الفهم . نظرت فى النصوص التى وردت فى الحمى . فوجدتها تخرج الأغنياء ولا تجيز لهم فيه أى حق والنص على ادخالهم فيه زيادة على الوارد فلا تقبل .

وهذه أمور لا تؤخذ بالرأى ولكن يوقف فيها عند النصوص .

أولا : نرى النص الوارد عن الرسول عليه السلام حين عزم على حماية النقيع أمر بلال بن الحارث المزنى أن تحمية لخيل المسلمين وابلهم المعدة للغزو ثم يستفسر بلال من الرسول فيقول أفرأيت ما كان من سوائم المسلمين ؟ فقال لا يدخلها قال أرأيت المرأة والرجل تكون له الماشية اليسرة وهو يضعف عن التحول . فيقول دعه يرعى .(١)

ثانيا : لقد رفض الخليفة عمر أن ترعى خيل عبد الرحمن بن عوف وعثمان بن عفان وهذا مثال لكل من يستغنى عن الحمى . وعلل ذلك بأنهما فى غنى عن ذلك . ولهم ما يعوضهم اذا افتقدت هذه الماشية لمن تلف الزرع . والنخيل أما من عداهما من المحتاجين فهم وحدهم أصحاب هذا الامتياز لأنه ان هلكت مواشيهم أصبحوا عبئا على خزانة الدولة التى لا تجد فى هذه الحالة بدا من رعايتهم والانفاق عليهم فهو يقول - [illegible] - أدخل رب الصريمة والغنيمة - واياى ونعم ابن عوف ونعم بن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى نخل وزرع - ورب الصريمة والغنيمة ان تهلك

....

(١) انظر امتاع الاسماع للمقريزى جـ١ ص ٢٠٥

ما شهتهما يأتيني ببينـة يقول يا أمير المؤمنين . أفتاركهم أنا لا أبا لك .

فالماء والكلأ أيسر على من الذهب والورق[1] .

من هنا . فانني أرى أنه ليس من حـق الامام أيحمى حما يدخل فيه الأغنيـاء ومن تمكنهم حالتهم من الاستغناء عنـه — لان اباحة ادخال الأغنياء فيه يفتح بابا تدخل منه المحسوبية وتمسخ من خلالـه ثروات الدولة فى غير وجوهها المشروعه — وبذلك يفقد تشريع الحمى أثره وميزاتـه ويصبح ضرره أكثر مـن نفعه — لذا فيجب أن يكون الحمى مقصورا على أصحاب الحاجة الحقيقين لا الأدعياء حتى يكون وسيلة لايجاد التوازن بين طبقات المجتمع . وحفظا لكيان الدولـة من أن تسودها مشاعر التمزق — والاستعلاء — وعملا بما تقتضيـه النصوص — ولأن الحمى يعتبر ضرورة والضـرورة تقدر بقدرها واشراك الأغنيـاء فيـه ليـس فيـه ضـرورة .

....

(١) راجع نيل الاوطـار جـ ٥ ص ٣٠٨

المبحث الرابع

هل يعتبر الحمى اصلا للتأميم ؟

لكى نقف على حقيقه هذا الموضوع ينبغى أن نعرف ماهو الحمى وما هو التأميم ؟

وقد عرفنا الحمى مما مر والآن ما هو التأميم ؟

وقد عرفه فقهاء القانون الأدارى بانه اجراء يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة من ملكية الافراد ـ أو الشركات الى ملكية الأمة ـ حتى تكون ملكا للجماعة وتنأى عن الأدارة الرأسمالية. وتعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المستولى عليها (١) .

وجاء فى ميثاق العمل الوطنى للجمهورية العربية المتحده أن التأميم ليس الا انتقال أداة من أدوات الانتاج من مجال الملكية الخاصة الى مجال الملكية العامة للشعب (٢).

من هذا التعريف يتضح لنا ـ أن الحمى ـ والتأميم قد يشتركان فى أن كلا منهما نقل للملكية الخاصة الى الملكية العامة ـ ويختلفان فى الامور الاتيه :

أولا : أن التأميم ينصب على المشروعات الاقتصاديه والمالية والانتاجية أو الشركات ولا يتناول الأرض ـ ولذا جاء فى الميثاق فى الباب السابع (ان التطبيق العربى للاشتراكيه فى مجال الزراعة لا يؤمن بتأميم الارض . وتحويلها الى مجال الملكية العامة ـ وانما هو يؤمن استنادا الى التجربة والدراسة ـ بالملكية الفردية للأرض فى حدود لا تسمح بالاقطاع (٣) .

وقد ذكر بعض الكتاب فروقا ـ بين نزع الملكية للمنفعة العامة ـ والتأميم . بالرغم من الاتفاق بينهما فى الأثر فقال ويختلف التأميم عن نزع الملكية للمنفعة العامة . أولا من حيث الموضوع فالتأميم ينصب على مشروع ـ أو مشروعات معينه لا على عقارات . ثانيا من حيث الاجراءات فان اجراءات التأميم أكثر سرعة من اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة (٤) .

....

(١) الآثار العامة للتأميم ص١٣ فتحى صبور (٢) الميثاق وتقريره الباب السادس ص ٧٦ قدمه جمال عبد الناصر للمؤتمر الوطنى للقوى الشعبية فى ٢١/٥/١٩٦٢
(٣) الميثاق ص١٨١ ـ ١٨٢ (٤) الآثار العامة للتأميم ص ١٥

فأما الحمى فانه اقتصارا على ماورد فيه خاص بالارض .

ثانيا : فان الحمى كما يكون نقلا للملكية الخاصه من الى الملكية العامه فانه يكون كذلك بتخصيص جزء من الارض الموات وهى من املاك الدولة ليتكون غلتها ومراعيها لنصف خاص من الامة — وهم الفقراء وذوى الحاجة فأما التاميم فلا يكون الا فى المشروعات المملوكة ملكية خاصة لشخص أو أشخاص .

ولقد حاول بعض الفقهاء المحدثين ان يجعل الحمى هو التاميم واستدل على جواز التاميم بحمى الرسول صلى الله عليه وسلم أرض النقيع وحمى أبى بكر وعمر .

بل الدعى وقوع التاميم فى الاسلام مستدلا باستحباب الوقف والترغيب فيه حيث قال : ومن المعلوم — أن الوقف جائز فى الاسلام بل هو أمر مرغوب فيه للحاجات الاجتماعية التى تحدثنا عنها فى قوانين التكامل الاجتماعى والوقف كما عرفه الفقهاء هو اخراج العين الموقوفة من ملك صاحبها الى ملك الله تعالى ، أى أن تكون غير مملوكه لأحد بل تكون منفعتها مخصصة للموقوف عليهم — وهذا هو التاميم (1) .

وهذا — الاستنتاج فى نظرى ليس دقيقا — ولا يمت الى التاميم بأية صلة . لما يأتى :

(١) أن التاميم — يصدر من الحاكم وتقوم به الحكومة وفقا لما تمليه المصلحة العامة للأمة ولا يستطيع أحد غير الحكومة أو الحاكم القيام به .

أما الوقف فانه يكون بمحض اختيار أصحابه لا يستطيع أحد أن يكرهم على القيام به وهو عمل من الافراد تقربا الى الله تعالى — ولا كذلك التاميم .

(٢) أن التاميم يقع جبرا عن صاحبه ويقع عليه ضرر مؤكد نتيجة له — ولا ولولا الحاجة الى دفع ضرر أكبر منه ماساغ وقوعه ولا الاقدام عليه .

لذلك جاء فى الميثاق — وليس التاميم ضربة للمبادرة الفردية كما ينادى أعداء الاشتراكية وانما هو توسيع لاطار المنفعة وضمان لها فى الحالات التى تقتضيها مصلحة

....

(١) اشتراكية الاسلام للدكتور مصطفى السباعى ص ٩٩

التحول الاشتراكى الذى يتم لصالح الشعب - ويقول فى مكان آخر . وليس التأميم كما تنادى بعض العناصر الانتهازية عقوبة تحل برأس المال الخاص حين ينحرف ولا ينبغى بالتالى ممارسته فى غير أحوال العقوبة - ان نقل أداة من أدوات الانتاج من مجال الملكية الفردية الى مجال الملكية العامة أكبر من معنى العقوبة وأهم[1] .

فكيف يجعل الوقف الذى يقع بمحض اختيار صاحبه قاصدا به التقرب الى الله تعالى أو النفع والخير لأقربائه وأحبائه ؟ أصلا للتأميم - الذى تقدم عليه الدولة فى حذر بالغ ويخشاه أفراد الأمة ؟

(٣) أن الوقف يقع فى العقار أصلا . وبعض العلماء لم يجوزه فيما عدا العقار الا تبعا وهم الاحناف على حين أن التأميم لا يكون الا فى المشروعات والشركات وغيرها ماعدا الارض . فكيف يجعل الاستاذ الدكتور مصطفى السباعى الوقف أصلا تشريعيا يرد التأميم اليه ؟

فاذا كان لابد من البحث عن أصل تشريعى يمكن أن يرد اليه التأميم الحين يقوم به امام عادل فليكن ماورد من قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار - وما روى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم - لا يمنع الماء والكلأ والنار[2] .

وكذلك ماروى عن أبيض بن حمال أنه وفد الى النبى صلى الله عليه وسلم فاستقطعه الملح فقطع له فلما أن ولى قال رجل من المجلس أتدرى ما أقطعت له ؟ انما أقطعته الماء العد . قال . فانتزعه منه - والماء العد الدائم التدفق)

فهذه الآثار كلها تدل على أن هذه الموارد الضرورية ينبغى أن تكون مملوكة ملكا عاما للأمة فاذا ما صارت الى الملكية الخاصة بما واستولى عليها بعض الافراد كما كان فى بعض المؤسسات العامه التى تنتج المواد الضرورية للأمة كان لولى الأمر أن يؤممها ويجعلها شركة بين أبناء الأمة جميعا لافرق فيها بين غنى أو فقير

....

(١) الميثاق الباب السادس ص ٧٦

(٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٠٥

فلا يحل لأحد أن يتحكم فيها أو يستأثر بها دون الناس. وماذكر فى الآثار ليس للحصر بل كان بيانا للحاجات الضرورية فى عصره عليه السلام ولاحرج فى قياس غيرها عليها اذا اجتمعت شروط القياس .

وفى ذكر هذه الأمور التى وردت فى الآثار تأكيد لوجوب تعميمها على الناس جميعا . فالنار ونرمز اليها اليوم الكهرباء يجب أن تدخل كل بيت وأن تنعم بها كل أسرة فى القرية والمدينة على حد سواء – وأن الماء الصالح للشرب يجب أن يكون من حق كل أسرة أن تحصل عليه فى القرى – والنجوع والبوادى – والملح – اشارة الى كل مايصلح شأن الانسان ويدخل فى صميم حياته اليومية .

وبذلك يكون الاسلام قد سبق كل المذاهب الاقتصادية والاجتماعية فى توفير الحاجات الاساسية للأمة حفاظا على عزتها وصحتها وسعادتها من غير أن تطغى مصلحة الفرد على الامة – ومن غير أن يذوب الفرد فى خضم الحياة اليومية للجماعة بل على أساس من الأخوة والمودة والتراحم يجسدها قوله عليه السلام مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد اذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى .

أسباب الملكيــة الخاصــة

الفصل الأول : احيـاء المـوات

وفيـه مباحــث:

المبحث الأول : فى تعريفـه ـ والدليـل عليـه وحكمتـه

" الثانى : فى سلطـان الدولـة على الموات وما فى حكمـه

" الثالث : مذاهب الفقهـاء فى الأذن فى الأحيـاء

" الرابع : حكم تملك الذمى بالأحياء ـ ما يتحقق بـه الأحيـاء

" الخامس: الأرض التى يجوز للأمام تمليكها بالأحيـاء

" السادس: فى مايثبت بـه حق الأولويـه فى الأرض الموات

وفيه مطلبان :

الأول : فى التحجير

الثانى : فى الأقطـاع

" السابع : مايجـوز اقطاعـه من الأرض وما لا يجـوز

" الثامن : موازنـه بين الاقطاع واقطـاع وفيـه مطلبـا ن :

الأول : الاقطـاع الاسلامى ومعنـاه

الاقطاع الغربى ـ وسماته ـ والحقوق والمقررات الاقطاعيه ـ نتيجـه .

الثانى : أهم العوامل التى ساعدت على ظهور الأقطاع بعد الاسلام

" التاسع : هل يفيـد ـ وضع اليـد الملك ؟

الفصل الأول

احياء الموات

المبحث الأول

فى

تعريفه ــ والدليل عليه وحكمته

الأحياء فى اللغة :

الاحياء .. ضد الأماته وهو بعث الحركة والنشاط فى الجسم بعد أن لم تكن به .

وهو من خصائص الله سبحانه وتعالى دون غيره يقول تعالى . الله الذى خلقكم ثم رزقكم ثم يميتكم ثم يحييكم هل من شركائكم من يفعل من ذلكم من شئ سبحانه وتعالى عما يشركون (١) . وقال تبارك الذى بيده الملك وهو على كل شئ قدير الذى خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا وهو العزيز الغفور (٢) .

فاذا أحياه على يد أحد من خلقه معجزة له وتدعيما لموقفه كان ذلك باذنه هو سبحانه ولذا فقد سارع عيسى عليه السلام باضافة مايجرى على يديه من خوارق العادات والتى منها احياء الموتى الى قدره الله واذنه الله وتسخيره له . ولذا فهو يقول . كما حكى القرآن الكريم عنه أنى قد جئتكم بآية من ربكم أنى أخلق لكم من الطين كهيئة الطير فأنفخ فيه فيكون طيرا باذن الله وأبرئ الأكمة والأبرص وأحيى الموتى باذن الله (٣) .

وكما يكون الأحياء للأنسان والحيوان فانه يكون للجماد وهو الأرض حيث تكون ساكنة هامدة مقفرة فينزل عليها الماء فتهتز وتربو وتنبت من كل زوج بهيج فيكون لها ذلك بمثابة الأحياء بعد الموت يقول تعالى . ومن آياته يريكم البرق خوفا وطمعا

....

(١) الآية ٤٠ من سورة الروم (٢) الآية ١ من سورة الملك
(٣) الآية ٤٩ من سورة آل عمران

وينزل من السماء ماء فيحي به الأرض بعد موتها ان فى ذلك لآيات لقوم يعقلون[1] . يقول صاحب فتح البارى نقلا عن القزاز الموات الأرض التى لم تعمر بشبهت العمارة بالحياة وتعطيلها بفقدها[2] .

تعريف الأرض الموت عند الفقهاء :

(١) عند الحنفية : قال الحنفية الموات هو مالا ينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أولغلبة الماء عليه أما شابه ذلك مما يمنع الزراعة[3] .

(٢) وعرفه المالكية : فقالوا موات الأرض هوما تسلم عن الأختصاص[4] .

(٣) وعرفه الحنابلة : فقالوا الموات هو الأرض الخراب الدارسة .

(٤) وقال الشافعية : الموات هو كل مالم يكن عامرا ولا حريما لعامر وان كان متصلا به[5] .

(٥) وعرفه أبو يوسف فقال ـ الأرض التى ليس عليها أثر بناء ولازراعة ولم يكن فيئا لأهل القرية ولا مسرحا ولاموضع مقبرتهم ولاموضع محتطبهم ولاموضع مرعى دوابهم وأغنامهم وليست بملك لأحد ولا فى يد احد فهى موات[6] .

وعند التأمل فى هذه التعاريف يتبين لنا أن تعريف الحنفية غير مانع لانه يدخل فيه الارض التى لها مالك معين وانعدم انتفاعه بها لانقطاع الماء عنها أو لقلبة الماء عليها فان ملكه لايزول عنها بذلك .

ومثل ذلك يمكن أن يرد على ما عرف به الحنابلة والشافعية .

ولقد سلم من ذلك تعريف المالكية ـ وتعريف أبى يوسف ونحن نختار ماذهب اليه أبو يوسف لوضوحه واشتماله على بعض القيود التى تحدد الحريم الذى لايجوز احياؤه بالرغم من أنه من الموات وذلك لأنه مما يرتفق به أهل القرية ويقع اختصاصهم به .

....

(١) الآية ٢٣ من سورة الروم (٢) فتح البارى جـ٥ ص١٤ ط أولى بولاق

(٣) الهداية جـ٤ ص٧٣ مطبعة مصطفى البابى الحلبى تكملة فتح القدير جـ٨ ص١٣٦

(٤) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٦٦

(٥) الاحكام السلطانية للماوردى ط مصطفى البابى الحلبى سنة ١٩٦٠ الأولى .

(٦) الخراج لابى يوسف ص٦٣ ط سلفيه

فما كان من حريم القرية ومرافقها التى يحتاج اليها أهلها لمصلحتهم من وضع أتربه وأسمده أو ساحة للرياضة أو ملعبا للأطفال أو ناديا للجلوس الخ . فانه لا يجوز احياؤه ولا يصح الأذن بـه .

وتحديد ما يلزم لهذه الأمور مرجعه العرف . والعادة المتبعه فى مثل هذه الأشياء وهو ما ذهب اليه المالكية والحنابلة والشافعية (١) .

فأما الحقيقة فقالوا حريم العامر ما بعد عنه بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات (٢) .

والراجح ما قال به الأئمة الثلاثة لأن التحديد لا يعرف الا بالتوقيف ولا مجال للرأى فيه وحيث لم يرد من الشرع فيه تحديد وجب أن يرجع فيه الى العرف كالقبض والاحراز (٣) .

(ب) الدليل عليه ـ وحكمته :

والدليل عليه ما يلى :

(١) روى هشام بن عروة عن عبيد الله بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له وما أكلت العافيه منها فهى له صدقة (العافيه والعوافى كل طالب رزق من انسان أو بهيمة أو طائر .

(٢) وقال عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له ـ وليس لعرق ظالم حق (٤) .

(٣) وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها .

(٤) وعن أسمر بن مضرس قال أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فبايعته فقال من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له . قال فخرج الناس يتعادون يتخاطون (٥) .

....

(١) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٦٧ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٥٢ والاحكام السلطانية ص١٧٩ ط حلبى . وانظر الاحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص٢٠٨ حلبى . (٢) الهداية جـ٤ ص٧٣ وتكمله فتح القدير جـ٨ باب احياء الموات

(٣) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٥٢ والاحكام السلطانية للماوردى ص١٧٩

(٤) فتح البارى جـ٥ ص١٥ (٥) المرجع السابق ـ نيل الاوطار جـ٥ ص٣٠٢

(٥) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عادى الأرض لله وللرسول ثم لكم من بعد فمن احيا شيئا من موتان الأرض فله رقبتها[1] .

(٦) وعن ابن عباس رضى الله عنهما . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينه جعلوا له كل أرض لايبلغها الماء يصنع بها ما يشاء[2] .

فقد دلت هذه الأحاديث مجتمعه على أن احياء الموات مندوب اليه :

ولو اخذ به المسلمون لكثر الزرع والغرس ولوجد الناس فيه خير دافع لهم على العمل والانتاج وبذلك تزدهر الأمم وترقى الشعوب . ان فتح باب احياء الموات فيه حل للمشكلة هى من اعقد المشاكل التى تواجه المهتمين بأمر الأمة ومستقبل الأرض الزراعية التى تنكمش عاما بعد عام . أمام الزحف لأعمال البناء فيها بينما الصحراوات ما تزال خاليه تنادى عمارها . وطالبى برها وخيرها .

ترى ما ذا كان يحدث لو أننا كمصريين كنا قد تنبهنا منذ أمد بعيد فأخذنا احياء موات صحراء سيناء فأصبحت عامرة بالناس هل كان يستطيع العدو الأسرائيلى أن ينام فيها كما هو نائم الآن لايجد من يؤرق نومه ؟.

ان الذى كان يمكن أن يحدثه قوم ارتبطوا بالأرض فهى لهم مصدر رزق مباشر كان يعجز أن تقوم به الجيوش النظاميه . بل كان سيوفر جهدا هائلا على هذه القوات ولذا فان العدو الأسرائيلى لم تغب عنه هذه الحقيقة الهامة فهو يبنى المستعمرات ويهيئ لشبابه وسائل الزرع والتصنيع فيها ليحقق من وراء ذلك هدفا مزدوجا اذ يحصل على موارد اضافيه لدخله - ويربط أبناءه بالارض ، ليصعب بعد ذلك اقتلاعه منها .

....

(١) الخراج ليحى بن آدم القرشى ص٨٤/ ٢٧٧ ط سلفيه

(٢) الموال لأبى عبيد ص٣٩٧/ ٦٩٣ ط سلفيه

المبحث الثانــي

سلطــان الدولــة على الأرض الصحراويــة والموات

لقد درج الفقهاء على القول بأن موات الأرض مباح بمعنى أن لكل انسـان مسلما أو ذميا ـ على ما سيأتـي :

أن يحى من الأرض ما أراد دون أن يكون لأحد عليه سلطان . اذ أنها مباحـة والأباحة تقتضى أن لا يكون لاحد سلطان عليها . ولذا يقول جمهور العلماء من أحيا أرضا ليست لاحد وليس عليها أثر لعمارة وليست حريما لعامر فهى لـه أذن السلطان فى ذلك أم لم يأذن .

حتى من قال منهم بالأذن مطلقا ـ وهو أبو حنيفة ـ أو من قيد الأذن فجعله فيما قرب دون ما بعد من الأرض وهم المالكيه . أو فيما جهل مالكه وعاد الى حالته التى كان عليها من الخراب والتعطل فان الامر فيـه للأمام بوصفه لايشخصه[1] ولا يملك الا باذن . نقول فيما عدا ذلك والذى ذكره ابن حزم[2] من جمله للأمـام فان أبا حنيفة قد أوجب الأذن مطلقا والمالكية أوجبوه فيما قرب دون مابعد لقطع التشاح والقضاء على التنازع بين أفراد الأمة ومنع الضرر اذا يترتب عليه ضـرر مع قولهم ان احياء الموات على أصل الأباحة . فاذن الأمام على هذا ليس تابعـا من ولايـة على هذه الارض الموات بل هو نابع من حقه فى منع الشقاق ونفى الخلاف ووجوب احقاق الحق . وسلطانه فى دفع العدوان وقطع أسبابه .

ولقد يوضح هذا ما نقل عن أبى يوسف فى تبرير وجهة أبى حنيفة فى القول بوجوب الأذن فقد قيل لأبى يوسف ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هـذا الا عن شئ لان الحديث قد جاء عن النبى صلى اللـه عليـه وسلم (أنـه قال من أحيا أرضا مواتا فهى لـه) فبين لنا ذلك الشيئ فانا نرجوا أن تكون قـد

....

(١) انظر الهداية جـ٤ ص ٧٣ والشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٤ ص٦٦ والمحلى لابن حزم جـ٨ ص ٢٣٣ / ١٣٤٨ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ١٣٤٨

سمعت منه في هذا شيئا يحتج به قال ابو يوسف حجته في ذلك ان يقول الأحياء لايكون الا باذن الامام ارأيت رجلين اراد كل واحد منهما أن يختار موضعا واحدا وكل واحد منهما منع صاحبه ايهما أحق به ؟ ارأيت ان أرد رجل أن يحيي أرضا ميته بفناء رجل وهو مقر أن لاحق له فيها . فقال لاتحييها بفنائي وذلك يضرني فكان جعل أبو حنيفة الأذن في ذلك هاهنا فصلا بين الناس فاذا أذن الامام في ذلك لأنسان كان له أن يحييها وكان ذلك الأذن جائزا مستقيما واذا منع الامام أحدا كان ذلك المنع جائزا ولم يكن بين الناس التشاح في الموضع الواحد . ولا الضرار فيه مع اذن الامام ومنعه - وليس - ما قال أبو حنيفة يرد الأثر انما رد الأثر ان يقول - وان احياها باذن الامام فليست له فاما من يقول هي له فهذا اتباع الأثر ولكن باذن الامام ليكون اذنه فصلا فيما بينهم من خصوماتهم واضرار بعضهم ببعض . فاما ابو يوسف فيرى أن منع الضرر لايتوقف على الأذن وعدمه بل هو ممتنع بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميته فهي له وليس لعرق ظالم حق (1) .

مما تقدم يمكن استخلاص مايأتي :

أن آراء العلماء تتفق على أن الأرض الموات مباحة وأن من أوجب الأذن أوجبه بحسب ما يراه محققا لدفع الضرر وقطع النزاع .

وقد قال الشافعية باستحباب استئذان الامام خروجا من خلاف من أوجبه (2) .

ولكنني أرى أن الموات مملوك للدولة الممثلة في شخص الامام والحكومة التي تعاونه في ادارة شئون الأمة .

وأن الأذن الواجب في احياء الموات ليس نابعا من سلطته المخولة في حسم النزاع وفض الخلافات والقضاء فيها وانما أساس هذه السلطه هو ملكية الدولة لهذه الارض وسلطانها في التصرف فيها بما يتفق ومصالح الامة التي أودعته ثقتها وبهذا فللامام أن يأذن أولا يأذن بموجب هذه الملكية المخولة له نيابة عن الدولة والدليل على ما رأيت مايأتي .

....

(1) راجع الخراج لابي يوسف ص ٦٣ - ٦٤ ط سلفيه .

(2) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٦١

(أ) ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينه جعلوا له كل أرض لايبلغها الماء يصنع بها ما يشاء[١] .

فهذا الخبر واضح الدلالة فى أن التنظيم الجديد للدولة اقتضى أن تكون الأرض التى لاينتفع بها ولا يستطيع أهل المدينة استصلاحها وسوق الماء اليها أن تكون للدولة تعطيها من تشاء ممن هم فى حاجة لهذه الأرض وعندهم استعداد للتضحية والعمل الدائب من أجل تطويعها للزراعة والانتاج .

(ب) روى الامام الشافعى فى كتابه الأم . عن ابن عيينة قال أخبرنا عمرو ابن دينار عن يحيى بن جعده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة أقطع الناس الدور فقال حى من بنى زهرة يقال لهم بنو عدى بن زهرة لرسول الله صلى الله عليه وسلم نكب عنا ابن أم عبد . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ابتعثنى الله اذن ؟ ان الله لايقدس أمة لايؤخذ للضعيف فيهم حقه يقول الامام الشافعى - والمدينه بين لابتين تنسب الى أهلها من الأوس والخزرج ومن فيهم من العرب والعجم . فلما كانت المدينة صنفين أحدهما معمور ببناء وحفر وغراس وزرع والآخر خارج عن ذلك فأقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الخارج من ذلك من الصحراء - استدللنا على أن الصحراء وان كانت منسوبة الى حى بأعيانهم ليست ملكا لهم[٢] .

فقد دل هذا على أن الصحراء وكل ما لم تتعلق به مصلحة أهل المدينه المباشرة - كان يتصرف الرسول صلى الله عليه وسلم فيه بالاقطاع - ولو كان مباحا ماكانت هناك حاجة الى أن يتولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ادارة شئونها وتنظيم تقسيمها على المحتاجين .

(جـ) ما روى يحى بن آدم فى كتابه الخراج قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عادى الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن أحيا شيئا من موتان الأرض فله رقبتها[٣] .

....

(١) الأموال لابن عبيد ص٣٩٧ / ٦٩٣ ط سلفيه .

(٢) الأم للامام الشافعى جـ٣ ص ٢٦٨ - ٢٦٩ ط دار الشعب

(٣) الخراج ليحى بن آدم القرشى ص ٨٢ ط سلفيه

والحديث يؤكد أن الارض الموغلة فى القدم التى لاسلطان لأحد عليها وليست عامرة ولا عليها أثر لعمارة أنها لله ولرسوله ومعلوم أن ذكر الله فى مثل هذه المواطن للتبرك واستفتاح بالذى هو خير. فان لله ملك السموات ومابينهما فالأمر اذن للرسول ممثلا للأمة ملكا وحكما. ثم هى للمسلمين - على وفق الشروط وبالقدر الذى يراه الحاكم ويحقق المصلحة. على نحو ما قال بعض العلماء فى قوله تعالى. قل الأنفال لله والرسول - أن الاضافه للرسول اضافة تملك

(د) روى أن أبا سفيان بن حرب قام بفناء داره فضرب برجله ثم قال لنا سنام الارض ان لها لسناما زعم ابن فرقد الاسلمى أنى لا أعرف حقى من حقه. ان لى بياض المروة - وله سوادها وله ما بين كذا وكذا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال ليس لاحد الا ما احاطت عليه جدرانه (١). وقال لنا رقاب الارض (٢).

ومن المعلوم - أن ما كان للرسول من سلطات تتعلق بالأمور السياسية والاجتماعية والادارية وكل ما هو بعيد عن الأمور التشريعيه والتعبديه فهو للامام الذى يجئ بعده فله أن يقيم العدل بين الناس وان يرسل الجيوش لتوفير الأمن والطمأنينة وجباية الزكاة وغير ذلك من الأمور وله أن يأذن فى الاحياء وأن يقطع وأن يحمى وقد حمى وأقطع وباشر كل هذه الأمور من جاء بعده عليه السلام أبو بكر وعمر وغيرهما. يقول الماوردى:

الأمامة موضوعة لخلافة النبوة فى حراسة الدين وسياسة الدنيا وعقدها لمن يقوم بها فى الامة واجب بالاجماع (٣).

واذا ثبت أن أمرها للدولة ملكا وتصرفا فى الحدود التى أرادها الشارع الحكيم كان من الواجب أن تستأذن الدولة فى احياء اى جزء من أجزاء هذا الموات بناء على هذا الحق. يقول. أبو عبيد القاسم بن سلام. والعادى كل ارض كان لها ساكن فى آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس فصار حكمها الى الامام وكذلك كل ارض موات لم يحيها أحد ولم يملكها مسلم ولا معاهد (٤).

....

(١) الأم للامام الشافعى جـ٣ ص٢٧٨ ص٢٦٩ ط دار الشعب (٢) الاموال لابى عبيد ص٢٩٤
(٣) الاحكام السلطانية ص٥ ط البابى الحلبى (٤) الاموال لابى عبيد ص٢٩٣ - ٢٩٤

ولقد سار على هذه السياسة عمر بن الخطاب ومن عمل معه وتصرفوا فى الارض الموات على اساس انها مملوكة للدولة وليست مباحة فقد روى يحى بن آدم عن محمد ابن عبيد الله الثقفى قال كان بالبصرة رجل يقال له نافع ابو عبد الله وكان أول من افتلى الفلى بالبصرة (١) . فاتى عمر رضى الله عنه فقال ان بالبصرة ارضا ليست بأرض خراج ولا تضر باحد من المسلمين قال فكتب ابو موسى يعلمه بذلك ويخبره انه أول من افتلى الفلى بالبصره فقال أزرعها لخيلى . قال فكتب عمر الى ابى موسى ان كانت ليست تضر باحد من المسلمين وليست من ارض الخراج فاقطعها اياه (٢) .

فلو كان الأمر على الأباحة فما الذى يدفع نافع ابا عبد الله الى أن يتجشم متاعب السفر ليذهب الى عمر من البصره الى المدينة ثم لماذا لم ينفذ ابو موسى من تلقاء نفسه أولم لم يخبره بأن الأمر على الأباحة وهو ممن عاصر الرسول عليه السلام فترة ليست قصيرة ؟ انه لم يفعل ذلك الا لأنه يعلم تمام العلم أن الأرض الموات تخضع لسلطان الدولة ملكا وتصرفا لذا فلم يجد بدا من ارسال الكتاب الى الخليفة يطلب منه الرأى والبيان .

بل ان عمر رضى الله عنه كان يرى أن من سلطات الدولة أن تتابع هذه الأرض بعد أن تسلمها لمن يستطيع احياءها أو من هو فى حاجة اليها فان حقق الغاية التى من أجلها أعطى الارض اقرها فى يده وان أخل بالتزاماته أو قصر فى المهمة بدون عذر قام باستردادها منه .

فقد روى أن بلال ابن الحارث المزنى جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقطعه ارضا فاقطعها له طويلة عريضة فلما ولى عمر . قال له يا بلال انك استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا طويلة عريضة فقطعها لك وان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يمنع شيئا يسأله وانت لا تطيق ما فى يديك فقال أجل فقال . فانظر ما قويت عليه منها فامسكه ومالم تطق وما لم تقو عليه فادفعه الينا نقسمه

....

(١) أول من حاول عمارة الفلاة واستنباتها أو بنائها والفلاة الارض لا ماء فيها المصباح المنير مادة فلو .

(٢) الخراج ليحى بن آدم القرشى ص٤ ٧/ ٢٤٩ — وانظر فتح البارى ج٥ ص١٦

بين المسلمين فقال لا أفعل والله شيئا . أقطعنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر والله لتفعلن فأخذ منه ما عجز عن عمارته فقسمه بين المسلمين[1].

بل ربما استرد الأرض ممن أعطيها اذا استخدمها فى غير الغرض الذى أخذها من اجله فقد روى أن ناسا سألوا عمر رضى الله عنه من أرض اتيذركيسان بدمشق لمربط خيلهم فأعطاهم طائفة منها فزرعوها فانتزعها منهم وأغرمهم لما زرعوا[2]. ولعله رأى أن الارض لاتصلح للزراعة أو أنها ستضر باحد اذا زرعت من أجل ذلك أغرمهم وانتزعها بل انه كان لايرى غضاضة فى أن يراجع ابا بكر رضى الله عنهما فى كتاب باقطاع يعطيه أبو بكر لطلحة بن عبيد الله ويرفض أن يختمه له حين يرى أن هذا الأقطاع يمكن أن يؤدى الى طبقيه يرفضها الاسلام ولايقرها .

فقد اقطع أبو بكر رضى الله عنه طلحة بن عبيد الله ارضا واسعة وكتب له بذلك كتابا وأشهد له ناسا فيهم عمر أى أنه اشترط لنفاذه او لصحته أن يكون عمر ضمن الشهود أو أن الختم كان بحوزة عمر فأتى طلحة عمر بالكتاب فقال اختم على هذا فقال لا أختم عليه أهذا كله لك دون الناس ؟ فرجع طلحة مغضبا الى أبى بكر فقال له والله ما أدرى أنت الخليفة أم عمر . فقال بل عمر ـ ولكنه أنا ـ وفى رواية قال والله لا أجد شيئا رده عمر[3].

وهذا يوضح أن الخليفة ووزيره متفقان على الغاية التى من أجلها شرع الاسلام احياء الموات .

من هذه الآثار مجتمعة والقضايا التى ذكرنا يتبين بوضوح لاخفاء معه أن للدولة سلطانا على الارض الخالية كالصحراء والجبال وما فى حكمها ولئن كان هذا السلطان فى الازمان الغابرة مطلوبا فانه فى عصر الاكتشافات البترولية والمعدنية وما يكشف عنه العلم كل يوم من ثروات تترقد فى باطن الارض أكثر طلبا وأدعى وجودا .

....

(١) الخراج ليحى بن آدم ص ٨٩ ، الأموال لابى عبيد ص ٣٩١ بند ٦٨٥ ـ ٦٨٦ ، ص ٤٠٨ بند ٧١٢

(٢) الاموال ص ٤٠٠ / ٦٩٥ (٣) المرجع السابق ص ٦٨٥ ـ ٦٨٦

المبحث الثالث

مذاهب الفقهاء فى الأذن

مما سبق يتبين لنا أن القائلين بعدم الاستئذان نظروا الى الأدلة التى تبيح احياء الموات وعمومها من غير نظر الى الأدلة الأخرى التى تؤكد حق الدوله فى ملكية هذه الأرض .

وأن القائلين بوجوب الاستئذان اما مطلقا أو مقيدا يردون هذا الوجوب الى أمور أخرى مثل منع التشاحن ورفع الضرر وما الى ذلك (١) .

ولكننا رجحنا فيما سبق أن السبب فى وجوب الأذن هو ملكية الدولة لهذه الأرض وأن لها حقا فيما يفوت من استغلالها بغير وجه حق ويبدو من تعليل صاحب الهدايه لقول أبى حنيفة أن أبا حنيفة يرى مثل هذا القول حيث قال غير ما قال أبو يوسف فى توجيه رأى أبى حنيفة فقد جاء فى الهدايه ثم من أحياء باذن الأمام ملكه . وان أحياه بغير اذن الأمام لم يملكه ثم استدل له بقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به (٢) . ونفس المرء لا تطيب الا بما له سلطان عليه وتصرف فيه قال تعالى - فى شأن صداق المرأة « فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا (٣) .

ولانه مغنوم لوصول يد المسلمين اليه بايجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختصه بدون اذن الأمام كما فى سائر الغنائم (٤) . وقد قلنا فى مبحث الغنائم والأنفال أنها تكون على ملكية الأمام قبل القسمة وللأمام أن يصطفى منها ما يشاء منقولا أو عقارا . وقد اصطفى رسول الله صلى الله عليه وسلم واصطفى عمر أرض كسرى وأعوانه ومعها أنواع أخرى (٥) .

....

(١) انظر الخراج لأبى يوسف ص٦٣ - ٦٤ والشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص ٦٩ ط حلبى (٢) الهدايه شرح بداية المبتدى جـ٤ ص ٧٣
(٣) الآيه ٤ من سورة النساء (٤) الهداية جـ٤ ص٧٣ وانظر مبحث الغنيمة والفيء.
(٥) راجع الأموال لابى عبيد ص ٣٩٩ - والخراج لابى يوسف

وبعد هذا التمهيد يمكن ترتيب أقوال العلماء فى وجوب الأذن أوعدمه أواستحبابه على الوجه الآتى :

(١) ذهب الأمام أبو حنيفة الى القول بوجوب الأذن مطلقا سواء أكان المحيى مسلما أو ذميا وسواء أكانت الأرض المحياة قريبة أم بعيدة .[١]

(٢) وذهب الشافعية الى أن الأذن مستحب للخروج من خلاف من أوجبه .[٢]

(٣) وذهب الحنابلة وأبو يوسف ومحمد الى عدم الوجوب وعدم الأستحباب .[٣]

(٤) وذهب المالكية الى أن الاذن واجب فيما قرب وغير واجب فيما بعد وعندهم قول أنه يشترط فيما قرب أن يكون المحيى مسلما .[٤]

(٥) وذهب ابن حزم الى أن الأذن واجب فى الأرض التى كانت عامرة ثم خلف وجهل مالكوها .[٥]

ومن خلال عرض المذاهب نرى أن بعضها يقول بوجوب الأذن أو استحبابه وبعض آخر يقول بعدم الوجوب أو الاستحباب وبعض ثالث مفصل .

فمن قال بعدم الأذن أخذ بعموم الأدلة المذكورة فى الأحياء — وبأن الاصل الأباحة يقول ابن قدامة — ولنا عموم قوله عليه السلام من أحيا أرضا فهى له — ولأن هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الأمام كالحشيش والحطب .

ومن قال بوجوبه فيما قرب دون مابعد نظر الى أن التشاح بين الناس يكون فى القريب دون البعيد .

ومن حزم جعل ما جهل مالكه أمره الى الأمام لان له النظر عليه .[٦]

ومن قال بوجوب الأذن على الأطلاق اختلف تعليلهم له على ناحيتين فأبو يوسف قد علل كلام الأمام أبا حنيفة بان الأذن وجب من أجل قطع النزاع وقطع الطريق عليه . وهذا يؤخذ منه ومما قبله أن الأباحة قائمة وأن الخطر من أجل أمر خارجى — والناحية الثانية — ماحمل عليه كلام الأمام أبى حنيفة غير أبى يوسف .

....

(١) الهداية جـ٤ ص٧٣ (٢) مغنى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربينى جـ٢ ص٣٦
(٣) الهداية جـ٤ ص٧٣ المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٨٤
(٤) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٦٩ (٥) المحلى لابن حزم جـ٨ ص٢٣٣
(٦) انظر المرجع السابق — والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٨٤

كصاحب الهداية فانه يعلل وجوب الأذن بأن للأمام سلطة على هذه الأرض، تعدل فى أثارها سلطة الملك بالنسبة للأفراد فهو يقول اذ أن الغنيمة ليس لاحد أن يختصها بدون اذن الأمام ولقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به (١) .

ولقد رجحنا هذا التعليل بما مضى من أن الأرض العادية والموات ملك لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما سبق من تفصيل واحتجاج ولأنها من الأنفال الداخلة تحت قوله تعالى - قل الانفال لله والرسول فان بعض العلماء يقول ان الاضافه فيه اضافه ملك .

ولقد باشر الرسول صلى الله عليه وسلم هذا السلطان - وباسم الأمة ومن أجل مصلحتها وعلى ما تقتضيه المصلحة العامة وكذا قام بالأمر على نحو ما قام الرسول خلفاؤه من بعده .

....

(١) انظر الخراج لابى يوسف ص٦٤ ط سلفيه - الهداية جـ٤ ص ٧٨٣

المبحث الرابع

حكم تملك الذمى بالأحياء

ولقد اختلفت كلمة الفقهاء فى جواز تملك الذمى بالأحياء وكان خلافهم على ثلاثة مذاهب :

(١) المذهب الأول : يقول بجواز تملك الذمى بالأحياء مطلقا واليه ذهب الحنفية والحنابلة وبعض المالكية[(١)] .

(٢) المذهب الثاني : ليس له ذلك مطلقا أى سواء أكان الموات قريبا أم بعيدا باذن الأمام أم بغير اذنه واليه ذهب الشافعية والظاهرية ورواية عند الحنابلة[(٢)] .

(٣) المذهب الثالث : التفصيل فيجوز له ذلك فى البعيد دون القريب ولو أذن فيه السلطان وهو مشهور مذهب المالكية[(٣)] .

الأدلة :

وقد استدل كل مذهب على ماذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى :

(١) أدلة المذهب الأول ـ وقد استدل القائلون بجواز ذلك مطلقا بمايلى :

(أ) بقوله صلى الله عليه وسلم من أحياء أرضا ميتة فهى له .

ووجه الدلالة من الحديث أنه عام فى حق المسلم والذمى فلم يفرق بينهما ولو كان الحكم مختلفا بالنسبة له لبين لكنه لم يبين فدل ذلك على أنه له ذلك مثل والمسلم سواء بسواء لأن له مالنا وعليه ما علينا .

(ب) واستدلوا كذلك بالقياس فقالوا ان الأحياء سبب من أسباب الملك كالبيع والهبة وما اليهما فاذا جاز له التملك بهما جاز له أن يتملك بالاحياء اذا ما جاز على أحد المثلين يجوز على الآخر .

(٢) واستدل أصحاب المذهب الثانى ـ المانع من ذلك مطلقا بمايلى :

. . . .

(١) انظر الهداية جـ٤ ص٧٣ ـ المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٥٠ ـ والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٦٩ (٢) انظر مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٦١ . والمحلى لابن حزم جـ٨ ص٢٣٩ والمغنى لابن قدامه السابق

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص٦٩

(أ) بقوله عليه الصلاة والسلام موتان الارض لله ولرسوله ثم هى لكم منى . فقد خاطب الرسول المسلمين بأن الارض الموات لهم منه فتكون خاصة بهم دون غيرهم .

(ب) وبقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العوافى منها فهو له بها صدقة (١) .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول قد جعل لمن يحيى أرضا ميتة أجرا على عمله والأجر اذا أطلق ينصرف الى الأجر الأخروى . ولما كان الكافر ليس من أهله كان غير جائزا أن يتملك بالاحياء (٢) .

(ج) وبالقياس: وقالوا ان الأرض الموات كالمرافق بالنسبة للبلاد والاسلامية والبلاد الاسلامية ملك للمسلمين فيختص المرفق بأصحاب الملك فيكون الموات خاصا بالمسلمين دون غيرهم .

(د) وقالوا كذلك . ان اجازة هذا للذمى فيه استعلاء للذمى على المسلم وهو ممتنع عليهم بدارنا (٣) .

(٣) واستدل المالكيه على المشهور عندهم .

بأن الجميع متفقون على أن هذا غير جائز منه فى مكة والمدينة وسائر الجزيرة العربية فيمنع فيما قرب دون مابعد (٤) .

المناقشــــه :

أولا : مناقشة أدلة المذهب الأول القائل بالجواز مطلقا :

(أ) نوقش استدلالهم بالحديث الأول بأنه عام مخصوص بالأحياء الذى يكون فيه الأجر والأجر اذا أطلق انصرف الى الأجر الاخروى ـ وهو خاص بالمسلم دون غيره .

والقول بأن لهم مالنا وعليهم ماعلينا ليس على اطلاقه بل مخصوص الا ترى انهم لا يأخذون من الغنيمة والانفال شيئا فانها لنا دونهم ؟ وليس عليهم جهاد ولا زكاة ولا حج فانها علينا دونهم اذن فالعموم ليس على اطلاقه فكذلك هنا .

....

(١) فتح البارى جـ٥ ص١٥ ط بولاق (٢) المرجع السابق
(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦١
(٤) انظر منح الجليل على مختصر خليل جـ٤ ص ١٨

(ب) ونوقش القياس بأنه قياس فى مقابلة النص والقياس فى مقابلة النص باطل .

وردت هذه المناقشة بما يلى :

(أ) رد تخصيص الأجر بالمسلم هنا - أن هنا قرينة توجب حمل الأجر فى حق الذمى على الأجر الدنيوى وهى أن الكافر اذا تصدق صدقة فانه يجازى على صدقته فى الدنيا - من هنا كان الأجر الذى يحصل عليه الذمى اذا قام باحياء الموات هو الأجر الدنيوى - وأن الأجر بالنسبة للمسلم أعم من أن يكون أخرويا أو دنيويا .(١)

(ب) ورد ما ورد على القياس بأنه ليس قياسا فى مقابلة النص بل قياس مؤيد للنص الذى يقول فيه الرسول من أحياء أرضا ميتة فهى له وذلك شامل للمسلم والذمى من غير فرق .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى القائل بالمنع مطلقا .

(أ) نوقش استدلالهم بالحديث الأول الذى يقول فيه الرسول هى لكم منى . بأن هذا ليس خطابا لخصوص المسلمين - وانما هو خطاب لأهل الدار الاسلامية والذميون من أهلها فلا تخصيص فيه للمسلم دون غيره .(٢)

(ب) وأما الحديث الثانى فقد رد استدلالهم به بان المراد بالأجر فى حق الذمى - الأجر الدنيوى بقرينة أن الكافر اذا تصدق بصدقة فانه يثاب عليها فى الدنيا .

(جـ) وادعاء أن فى ذلك استعلاء على المسلمين تعليل لا يقبل اذ هو ممكن أن يكون فى البيع والهبة وكل أسباب التملك الأخرى فما كان جوابا لهم هناك كان جوابا لنا هنا - ولا يقال انه يدفع فى البيع مقابلا .

فما لذى يدفعه فى الهبة ؟ وربما غرم فى استصلاح الارض ما قد يربو على ثمنها كما اذا كانت المياه بعيدة والارض غير مستويه .

(د) وقياس الموات على الموافق قياس مع الفارق اذ الموات يملك استقلالا بخلاف المرافق فلا تملك الا تبعا فافترقا .

....

(١) انظر فتح البارى جـ٥ ص١٥ ط حلبى

(٢) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٥٠ والشرح الكبير للمقدسى بهامشه .

ثالثا : مناقشة أدلة ـ المذهب الثانى ـ القائل بالمنع مطلقا •

(أ) نوقش

ثالثا : يرد التفصيل الذى قال به أصحاب القول الثالث من قياس ما قرب من الموات على مكة والمدينة والجزيرة كلها أن المنع هناك لما روى من قول الرسول عليه السلام لا ينبقى فى الجزيرة دينان •

الترجيح :

وبالنظر فى أدلة المذاهب نجد أن أولاها بالقبول هو المذهب الأول القائل بالجواز لسلامة أدلته ـ ولأنه يلائم روح الاسلام وعدالته ويمثل المساواة التى عاشها الذميون فى كنفه يوم أن افتقدوا هذه العدالة والمساواة والسماحة حين عاشوا تحت راية عقائدهم حين تختلف الملة أو الفرقة •

ما يتحقق به الأحياء :

للفقهاء فيما يتحقق به الأحياء رأيان :

(١) الرأى الأول : يرى أن الأحياء يتحقق بما يصدق عليه أنه احياء فى العرف ـ والعادة واليه ذهب الجمهور منهم الشافعيه ـ والحنابلة و غيرهم والحنفية[(١)] بحيث ينتفع به •

(٢) الرأى الثانى : يرى أن الأحياء يكون بالتحويط ـ وهو رواية للحنابلة وعند المالكية اذا جرت العاده به[(٢)] •

الأدلة وقد استدل كل على ما رآه على الوجه التالى : أولا : دليل الرأى الأول : قوله ... السلام من أحيا مواتا فهو له • ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول قد علق الحكم على مسمى هو الاحياء ... نه ولا ذكر كيفية فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء فى العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبينها كان المرجع فيها الى العرف ولان النبى صلى الله عليه وسلم لا يعلق حكما على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته اذ ليس له طريق سواه[(٣)] •

....

(١) انظر الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٧ ط حلبى والمغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٧٨ ـ ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٣٦٢ •

(٢) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ (٣) المرجع السابق

وبناء على ذلك فقد وضع كل مذهب من الشروط ما رأى أنه يحقق ذلك فى نظره وعلى عهده وبما يجعل الأرض صالحة للزراعة ان كان المراد باحيائها الزراعه أو يجعلها صالحة للسكنى ان كان المراد السكنى .

ثانيا : دليل الرأى الثانى : ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام من أحاط حائطا على أرض ، فهى له (1) .

والوجه منه أن الرسول قد أخبر أن من أحاط أحاط حائطا على أرض ، استحق بذلك ملكيتها .

والترجيح :

والراجح فى نظرى هو القول الأول . لأنه يضع مقياسا صالحا لكل عصر ويقسم بالمرونة : وأن التحويط محمول على ما اذا جرى العرف باعتباره احياء للسكنى مثلا .

خصوصا اذا لاحظنا أن أصحاب القول الثانى يشترطون فى الحائط أن يكون منيعا . وأن يكون مما جرت العادة به (٢) . لذا كان القول الأول أولى بالقبول .

....

(١) المرجع السابق

(٢) انظر الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٧٠ والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٧٩ — ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٦٢ — والاموال لابى عبيد ص٤١

المبحث الخامس

الأرض التى يجوز للامام تمليكها بالاحياء

الأرض الاسلامية بوجه عام اما أن يتعلق بها حق مسلم أو ذمى معين ابتداء أولا يتعلق بها حق مسلم أو ذمى ابتداء .

فالقسم الأول: وهو الذى يتعلق به حق مسلم أو ذمى معين ابتداء لايجوز تمليكه بالاحياء .

لأن ذلك يعد تعديا وغصبا وقد نهى الاسلام عنهما فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ظلم شبرا من الارض طوقه الله من سبع أرضين - وفى روايه أبى هريرة قال من اقتطع شبرا من الارض بغير حقه طوقه الله يوم القيامه من سبع أرضين (١) . وقال عليه السلام من أحيا أرضا ميته فهى له . وليس لعرق ظالم حق (٢) . والمراد بالعرق الظالم كما نقله أبوعبيد عن هشام بن عروة قال العرق الظالم أن يعمل الرجل فى حق غيره ليستحق به شيئا قال - وانما صار ظالما لأنه غرس فى الارض وهو يعلم أنها ملك لغيره فصار بهذا الفعل ظالما غاصبا فكا حكمه أن يقلع .

ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايسكت على مثل هذه الأمور بل كان يأمر برد الارض المغصوبه الى صاحبها فقد غرس رجل فى أرض رجل من الانصار من بنى بياضة نخلا . فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى على الاخر أن ينزع نخله قال عروة - رواى الحديث - ولقد أخبرنى الذى حدثنى فلقد رأيتها يضرب فى أصولها بالفؤوس - وانها لنخل عم (٣) .

وأما القسم الثانى :

وهو الذى لم يتعلق به حق مسلم معين ابتداء وهذ القسم نوعان :

(١) غير معمور (٢) ومعمور

....

(١) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣١٧ (٢) الاموال لابى عبيد ص ٤٠٤ / ٧٠٥

(٣) الاموال - المرجع السابق - وعم - أى طوال - واحدها عميم يقال رجل عميم اذا كان تام الخلق .

النوع الأول : غير المعمور : يصدق على الارض التى لم تسبق لها عمارة منذ قديم الأزل وعلى الارض التى سبقت عليها عمارة قديمة منذ القرون الخالية – وهى التى يطلق عليها – عادى الارض أى التى كانت مساكن – القبيلة عاد – وهذا كناية عن ايغالها فى القدم .

وصادق كذلك بما سبقت عليه عمارة اسلامية ثم تخرب وصار مواتا – عاطلا

فاما – مالم تسبق عليه عمارة مطلقا – او سبقت عليه عمارة قديمة قبل الاسلام وهى عادى الارض فلا خلاف بين العلماء فى أنه يجوز تمليكها بالاحياء أما الأول فلما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير بن العوام ركض فرسه من موات النقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة فى الزيادة فقال عليه السلام أعطوه منتهى سوطه وفى رواية حيث يبلغ السوط .

وأما الثانى : فلقوله عليه الصلاة والسلام عادى الارض لله ولرسوله ثم هى لكم منى .(1)

فاما النوع الثانى : من غير المعمور :

وهو ما كان اسلاميا جرى عليه ملك مسلم ثم تخرب فقد اختلف الفقهاء فى جواز تمليكه بالأحياء على ثلاثة أقوال :

(١) القول الأول : يرى أن ما كان عامرا بالأحياء ثم تخرب ومضى زمن طويل على خرابه أنه يجوز تمليكه بالاحياء – وهو قول المالكيه – ما عدا سحنون .(2) مطلقا . طال زمن تخربه أم لا عرف اربابه أم لم يعرفوا .

(٢) القول الثانى : يرى أنه لايجوز تمليكه بالاحياء مطلقا – وهو قول الشافعيه – ورواية للحنابلة وسحنون من المالكية .(3)

(٣) القول الثالث : يرى أنه أن عرف مالكه لم يجز احياؤه – وان جهل مالكه فانه يجوز احياؤه واليه ذهب الحنفية – والرواية الثانية عند الحنابلة .(4)

. . . .

(١) الأموال لابن عبيد ص٣٨٦ (٢) الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٦ – الفروق للقرافى جـ٤ ص١٨ ط دار احياء الكتب العربية – أولى سنة ١٣٤٦ هـ .

(٣) الاحكام السلطانية للماوردى ص١٩١ ط حلبى – والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٤٩ – والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٦٦

(٤) الخراج ليحى بن آدم القرشى ص

(٤) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٤٩ – الهداية شرح البداية جـ٤ ص٧٣

الأدلـــة :

وقد استدل كل مذهب على ماذهب اليه بأدلـة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة المجيزين مطلقا ــ وهم المالكيه ماعدا سحنون يستدل لهم بما يلى :

(أ) بقوله عليه الصلاة والسلام عادى الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن أحيا شيئا من موتان الارض فله رقبتها .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول عليه السلام أخبر بأن الارض القديمـة التى مضى عليها زمن طويل وهى خربـة اذا قام باحيائها أحد كانت مملوكة لـه فالأرض التى جرت عليها عمارة اسلامية ثم تخربت وطال خرابها داخلة فيما يتناوله هذا الحديث لأن الرسول قد أطلق ولم يقيد بكون الأرض الارض قد جرت عليهـا عمارة اسلامية أوغيرها ولو أراد تخصيص كل منها بحكم لبين ذلك لكنه لم يبين فدل ذلك على أن حكم الجميع واحـد .

(ب) ماروى يحى بن آدم . قال جاء رجل الى على رضى الله عنه فقال أتيت أرضا قد خربت وعجز عنها أهلها فكريت أنهارا وزرعتها قال . كل هنيئا وأنت مصلح غير مفسد معمر غير مخرب (١) .

فهذا الأثر يفيد أن عليا كرم الله وجهه قد أذن للرجل أن يعمر ما تخرب ولم يسأله لمن يكون ويبدو أن أصحابها قد عجزوا عن عمارتها . ومع ذلك فـان عليا قد أباح للرجل أن يعمر الارض الخربة وأن يتملكها بالاحياء فانـه لم يطلـب منه أن يؤدى شيئا الى أصحابها الأولـين .

(ج) أن الأحياء سبب فعلى يبقى أثره طالما بقى هو فاذا زال السبب زال المسبب لان العله تدور مع المعلول وجودا وعدما ــ ولأنه كالصيد . فانـه يبقى فى حوزة صاحبه فاذا توحش بطل الملك فيه والسمك اذا انفلت الى النهر فانـه يبطل ملكه كذلك ــ و الماء اذا حيز ثم اختلط بالنهر فان ملكه يكون باطلا (٢) .

ثانيا : أدلـة المانعين مطلقـا :

واستدل المانعون وهم الشافعيـة ومن معهم بمايلـى :

....

(١) الخراج ليحى بن آدم القرشى ص٥٩ / ١٩٦ ط سلفيه

(٢) راجع الفروق للقرافى جـ ٤ ص١٩

(أ) بقوله عليه السلام من أحيا مواتا فى غير حق مسلم فهى له .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول عليه السلام قيد الاحياء بكونه فى حق غير مسلم فأما اذا كان فى حق مسلم فانه لايجوز احياؤه[1] .

(ب) القياس — فقد قاسوا الاحياء على البيع والهبة بجامع أن كلا منهما سبب للتمليك والتملك فكما أن الارض المملوكة بالبيع والهبة لاتزول ملكيتها بالتخرب وطول الاندراس فكذلك الارض الموات المملوكة بالاحياء اذا طال عليها الزمن وطال اندراسها لعدم الفرق بين سبب وسبب .

ثالثا : أدلة المفصلين — وهم الأحناف . وقد استدلوا بمايلى :

(أ) استدلوا على المنع بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا مواتا فى غير حق مسلم فهى لـه .

وهذا ظاهر فيما عرف مالكه فان حقه يظل باقيا فى ملكه لايجوز المساس به . فأما ما جهل مالكوه وانقطع ارتفاقهم به فانه يكون مملوكا لبيت المال[2] — ومن ثم يكون للامام أن يأذن بتمليكه بالاحيـاء .

(ب) قياس الارض التى تخربت وطال خرابها وجهل أربابها على المال الضائع فيكون أمرها الى الامـام .

المناقشـــة :

أولا : مناقشة أدلة المذهب الأول المجيز مطلقا وقد نوقشت هذه الأدلة على النحو التالى

(أ) أن الحديث قد أعطى المحيى حق التملك بالاحياء وقد ثبت ملكه بمجرد الانتهاء من عمليه الاحياء فلا تزول هذه الملكية بعد ذلك .

(ب) ثم ان الاخذ بهذا القول يمكن أن يكون وسيلة يتخذها الولاة الظلمة اذ اذ يسهل عليهم ادعاء أن الارض الموجودة فى المكان الفلانى . قد تخربت وطال اندراسها فتكون الدولة أحق بها . وهكذا تؤكل أموال الناس بالباطـل .

....

(١) انظر للمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٤٩ (٢) الهداية جـ ٤ ص ٧٣

(٣)

(جـ) لو كان حق التملك بالاحياء يتأثر بالتخرب وطول الاندراس لانسحب ذلك الحكم على الأسباب الاخرى كالبيع والهبة ولم يقل بذلك أحد من العلماء .

(د) ان ماروى عن على رضى الله عنه قول صحابى ـ وقول الصحابى ليس بحجة فيما اختلف فيه .

رد هذه المناقشة :

وقد ردت هذه المناقشة بمايلى :

(أ) أن التملك بالاحياء حكم قد علق على صفة يبقى طالما كانت باقية فاذا زالت الصفه زال الحكم كما أن الحديث لايدل على اعطاء هذا الحكم فى عموم الاحوال بمعنى أنه يكون له هذا الحق سواء أكان الأحياء موجودا أوغيره موجود بل يعطيه مطلق وتملك ونحن نقول به بمقتضاه فى حالة بقاء صفة الاحياء للقاعدة السابقة . (١)

(ب) لانسلم بأن هذا يكون طريقا سهلا للولاة الظلمة لأكل أموال الناس بالباطل فان الوالى الظالم حين يريد شيئا . فان لديه من الأجهزة المتخصصة فى قلب الحقائق واختلاق الأساليب مايغنيه عن ذلك .

(جـ) قياس الاحياء على البيع والهبة قياس مع الفارق أ ولا . أن هذه أسباب قوليه ـ يترتب عليهما حكمها بمجرد انعقاد العقد صحيحا . مستوفيا لشروطه فاما الأحياء فسبب فعلى يترتب عليه أثره طالما كان موجودا فاذا انعدم الفعل زال أثره كما قيل فى الصيد يتوحش (حسين) وا لسمك ينقلب الى الماء والماء المحرز يختلط بالنهر . (٢)

(د) وماروى عن على لايقال بالرأى ـ وانما مثله لايكون الا عن علم لأنه يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل وهو منهى عنه . على أن عمر رضى الله عنه قد سبق ما روى عنه أنه استرد الارض التى أقطعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لبلال بن الحارث .

....

(١) انظر الفروق للقرافى جـ٤ ص١٩ وعلى حد قوله صلى الله عليه وسلم فى السائمة زكاة فان السوم وصف علق عليه حكم هو وجوب الزكاة فاذا زال الوصف زال الحكم .

(٢) المرجع السابق .

ثانيا : مناقشة أدلة المانعين :

(أ) رد استدلالهم بالحديث الذى يقيد الاحياء بأن يكون فى غير حق مسلم .

بأن هذا الحديث فى غير محل النزاع لأنه يفترض بقاء هذا الحق - واستمراره بعد وجوده .

وهذا الافتراض هو محل النزاع - هل يبقى حق التملك قائما بعد أن تتخرب الارض ويطول أو لا يبقى ؟؟ هذا هو محل النزاع فان أثبتموه فاننا نقول معكم بأنه حق مسلم فلا يجوز تملكه بالاحياء .

ولذا فنحن نقول انما كان سبب تملكه بيع أو هبة فانه لا يملك بالأحياء لبقاء حق المسلم فيه رغم تخربه واندراسه بخلاف ما نحن فيه .

(ب) وقد سبق رد قياس الأحياء على بقية الاسباب الأخرى للتملك منذ قليل .

ثالثا : مناقشة دليل المذهب الثالث المفصل - وهو مذهب الحنفيه .

وقد رد استدلالهم بالحديث بانه لا يدل على العموم كما سبق - ولكنه يدل على ثبوت هذا الحق مادم الاحياء موجودا وهو ما نقول به .

ثم ان التفصيل بين ما علم مالكه أو جهل لا دليل عليه - ولا أثر له بعد زوال الصفة التى علق عليها الحكم فكونه معلوما أو مجهولا - لا أثر له اذ المدار كله على بقاء السبب وعدم بقائه - والنتيجة هى التعطل فى الحالين الا ترى أن عمر رضى الله عنه قد اعتبر هذا الوصف مع بلال بن الحارث المزنى حينما قال له انك استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم - أرضا وانك لا تقدر أن تحييها قال نعم .

قال فامسك ما تقدر عليه - وما لم تقو عليه فادفعه الينا نقسمه بين المسلمين - فقال لا افعل شيئا - اقطعنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر لتفعلن

....حـ..

واخذ منه ما عجز عن عمارته مقسمه بين المسلمين[1] والاقطاع سبب مستقل من أسباب الملكية عند المالكيه[2] .

الترجيح :

تبين لنا من عرض الأدلة ومناقشتها على مارأيت أن الأولى بالقبول هو المذهب الأول ـ القائل بالجواز مطلقا ـ وهو قول المالكيه ـ وهذا الرأى يتمشى مع المصلحة العامة التى توخاها سيدنا عمر رضى الله عنه حينما استرد الأرض ، حتى لاتتعطل وفى الأمة قادرون على استثمارها ـ لأن الاحياء قد قصد به المصلحة العامة من تعمير الارض والنهوض بالأمة ـ ولا كذلك البيع والهبة . اذ هما يجريان فى نطاق المصلحة الخاصة وفى اطار التبادل غالبا .

ولك أن تتصور أن تقوم الدولة مثلا فى جمهورية مصر العربية بحصر كل الخرائب الموجوده بالمدن ـ خاصة القاهرة ـ والتى لاصاحب لها موجود ـ أو لا صاحب لها اطلاقا فتقوم باعطائها للقادرين على بنائها . مدرسة أو مستشفى أو مسجدا ـ أو بناء يملكه على أن يؤجره مثلا فى حدود القانون من غير تحايل عليه هذا فضلا عن الاراضى الصالحة للزراعة اذا بذل فيها جهد بتعمير والصحراوات وما اليها . من اراضى الخفيه ـ وما هو على شاكلتها . التى لو فتح حق التملك باحيائها وتعميرها ـ لازدهرت الأمه وعلاشأنها ـ وارتفع قدرها .

....

(١) راجع الخراج ليحى بن آدم القرشى ص ٨٩ بند / ٢٩٤ ـ والأموال لابى عبيد ص ٤٠٨ بند / ٧١٢

(٢) انظر الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص ٦٨

النـــوع الثـانـــى

من الأرض التى ليس فيها لمسلم حق معين ابتداء

العـامـر

سبق أن بينا حكم الأرض غير العامرة التى لم يتعلق بها حق مسلم ابتداء ــ والآن ناخذ فى بيان النوع الثانى من الأرض التى لا يتعلق بها حق معين ابتداء لمسلم ــ وهذا النوع ــ يدخل تحته قسمان :

القسم الأول : (أ) صفايا الأمام

القسم الثانى : ماما ت عنه اربابه ولم يستحقه وارث معين بفرض ولا بغيره وقد ذكرت هذين القسمين هنا . لأن بعض الفقهاء يرى أن لهما حكم الموات من حيث جواز اقطاعه واحيائه .

أولا : القسم الأول : صفايا الأمام من الأرض :

الصفى والصفيه ما يصطفيه الأمام او الرئيس لنفسه من المغنم قبل القسمة والجمع صفايا(1) .

وهو سهم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يختاره من المغنم قبل القسمة قد جاء عن يزيد بن عبدالله قال كنا بالمربد (مكان معروف بالبصرة) اذ دخل رجل معه قطعه أديم فقرأناها فاذا فيها من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بنى زهير بن اقيش تصغير أقيش وهى الحركة الخفيفة انكم ان شهدتم أن لا إله الا الله وأن محمدا رسول الله ــ وأقمتم الصلاة وآتيتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم الصفى ــ أنتم آمنون بأمان الله ورسوله فقلنا له من كتب لك هذا ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عامر الشعبى قال كان للنبى صلى الله عليه وسلم سهم يدعى الصفى ــ ان شاء عبدا وان شاء ــ أمة وان شاء فرسا يختاره قبل الخمس .

. . . .

(1) المصباح المنير ــ ماده صفو

وعن عائشه رضى الله عنها قالت صفيه من الصفى[1] .

ولعل الرسول عليه السلام قد عدل عن اصطفاء شيء من الارض، لما يأتى

(١) أن أصحابه على عهده ، لم يكونوا من الكثرة بحيث يكون مضطرا لاصطفاء شئ من الأرض، يسد بها حاجة المعوزين .

(٢) وثانيا – أن ماكان خاصا به من الارض، من بنى النضير – وخيبر – وغيرهما كان يقوم بهذه المهمة من غير أن يحتاج لشئ آخر يصطفيه من الأرض، فلما كانت خلافة سيدنا عمر رضى الله عنه واتسعت رقعة الارض – وترامت أطراف الدوله بحيث أصبح من الضرورى أن تكون هناك جيوش كثيره لحراسة هذه الثغور المترامية – ولا بد لها من الموارد ثابته كان ضمن وسائله التى سلكها لتوفير هذه الموارد أن غير نوع الاصطفاء فبعد أن كان الاصطفاء فرسا أو عبدا أو أى منقول أصبح أنواعا خاصة من الارض، ليس فيها حق لمسلم معين ابتداء جاء فى الخراج لأبى يوسف .

أصفى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من أهل السواد عشرة أصناف أرض، من قتل فى الحرب – وأرض من هرب وكل أرض كانت لكسرى – وكل أرض كانت لأحد من أهله – وكل مغيض ماء – وكل دير بريد – يقول قال محدثى – ونسيت أربع خصال كانت للاكاسرة – فكان خراج ما أصفى سبعة آلاف ألف، قال فلما كانت موقعة الجماجم – وأحرق الناس الديوان – فذهب ذلك الأصل ودرس ولم يعرف[2] . ويقول يحى بن آدم فى خراجه فأحرق الناس الديوان – وأخذ كل قوم مايليهم[3] . وكذلك قال أبو عبيد فى كتابه الاموال .

ويقول يحى بن آدم . وقبضوا على كل أرض، ليست فى يد أحد فكانت صوافى الامام[4] .

....

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٨٧ – ٢٨٨ والاموال لأبى عبيد ص ١٩ ومابعدها .

(٢) الخراج لابى يوسف ص ٥٧ سلفيه والاموال لأبى عبيد ص ٣٩٩/ ٦٩٤ والجماجم كانت مدكه بين الحجاج وعبد الرحمن بن محمد بن الاشعث الذى خرج وثار معه القراء والعلماء / ٨٢ هـ – ومغيض الماء الأماكن المنخفضة التى يجتمع فيها الماء .

(٣) الخراج ليحى بن آدم ص ٣٠ بند / ١٩٨

(٤) المرجع السابق ص ٢٢ بند / ٢٣ – وانظر الاستخراج لاحكام الخراج لابن رجب الحنبلى ص ١٣

وقد اختلف الفقهاء في هذا النوع من الارض، هل يجوز اقطاعه او لا يجوز .

وكان اختلافهم على مذهبين :

(١) المذهب الاول :

يرى أن هذه الارض باصطفائها تصير ملكا للدوله الممثله في شخص الامام ومن يعاونه اذ ان شئت قل هي ملك للشخصيه المعنويه للدولة . ومقتضى هذا أن يكون له عليها كافه التصرفات التي منها الأقطاع تمليكا - واليه ذهب - ابو يوسف وهو رواية عند الحنابلة[(١)] . وأبو عبيد القاسم بن سلام جاء في الخراج لابي يوسف . بعد أن ذكر الارض التي لامالك لها وما كان لكسرى واهله - قال ولاها الارض عندي بمنزلة المال فللأمام أن يجيز من بيت المال من كان له غناء في الاسلام - ومن يقوى به على العدو - ويعمل في ذلك بالذي يرى أنه خير للمسلمين واصلح لأمرهم - وكذلك الارضون يقطع منها من احب من الأصناف التي سميت - ولا أرى أن يترك أرضا لا ملك لأحد فيها ولاعمارة حتى يقطعها الأمام فان ذلك أعمر للبلاد وأكثر للخراج فهذا حد الاقطاع عندي على ما اخبرتك[(٢)] .

وقال أبو عبيد عقب تعداد هذه الاراضى - فهذه كلها أرضون قد جلا عنها أهلها فلم يبق بها ساكن ولا لها عامر فكان حكمها الى الأمام كما ذكرنا في عادي الارض - فلما قام عثمان رأى أن عمارتها أرد على المسلمين وأوفر لخراجهم من تعطيلها فأعطاها من رأى اعطاءه أن يعمرها كما يعمرها غيرهم[(٣)] .

(٢) المذهب الثاني : يرى أنها تكون مؤبدة لبيت المال كالوقف .

واليه ذهب الشافعيه والروايه الأخرى للحنابلة[(٤)] .

يقول الماوردي فهذا النوع من العامر لايجوز اقطاع رقبته لانه صار باصطفائه لبيت المال ملكا لكافة المسلمين فجرى على رقبته حكم الوقوف المؤبدة وصار استغلاله هو المال الموضوع في حقوقه والسلطان فيه بالخيار على وجه النظر في الاصلح بين أن يستغله لبيت المال كما فعل عمر رضى الله عنه وبين أن يتخير من ذوي المكنه والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج يوضع عليه مقدر بوفور ....

....

(١) راجع الاستخراج لاحكام الخراج لابن رجب الحنبلي ص١٣، ١٠٥

(٢) الخراج لابي يوسف ص ٦٠ - ٦١ ط سلفيه (٣) الاموال لابي عبيد ص ٤٠٠

(٤) الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٣ ط حلبي - والاستخراج لاحكام الخراج لابن رجب ص١٣ ، ١٠٥

الاستغلال ونقصه كما فعل عثمان رضى الله عنه ويكون الخراج أجرة تصرف فى وجوه المصالح الا أن يكون مأخوذا بالخمس فيصرف فى أهل الخمس (١) .

والذى يظهر لى - رجحانه - هو القول الأول - لأن عمر رضى الله عنه انما اصطفى هذه الأراضى لتكون له حرية العمل فى مجال التوازن الأقتصادى للدولة الناشئة وجعلها وقفا مؤبدا يحوق هذه الحرية .

ولذا فاننا لم نجد فى فعل عمر أنه اقطاع استغلال ولكنه كان يقطع اقطاع تمليك .

وما فعله مع بجيله - وهم قبيله كانوا ربع الناس - يوم القادسية . فأعطاهم ربع السواد سنتين أو ثلاثا - ثم لما وقد عليه جرير بن عبد الله البجلى قال له يا جرير لولا أنى قاسم مسئول كنتم على ما جعل لكم وأرى الناس قد كثروا فأرى أن ترده عليهم ففعل جرير فأجازه عمر بثمانين دينارا - وكذلك فعل مع أم كرز وهى امرأة من بجيلة - حين أبت أن تسلم ما بيدها .

فاعطاؤهم هذه الأرض كان على وجه التنفيل - بدليل ما رواه الشعبى ان عمر كان أول من وجه جرير بن عبد الله الى الكوفه بعد قتل أبى عبيد فقال له هل لك فى الكوفه - وأنفلك الثلث بعد الخمس . قال نعم فبعثه يقول أبو عبيد فنرى أن عمر انما خص جريرا وقومه بما أعطاهم للنفل المتقدم الذى كان جعله لهم ولو لم يكن نفلا ما خصه وقومه بالقسمة خاصا دون الناس الا تراه لم يقسم لأحد سواهم ؟ وانما استطاب نفوسهم خاصة لانهم كانوا أحرزوا ذلك وملكوه بالنفل (٢) .

وعلى فرض التسليم بأن عمر كان يقطع من هذه الأرض اقطاع استغلال فان هذا لا يرفع حقه فى اقطاعها اقطاع تمليك - فلا يرد فعله هنا فعله هناك .

....

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٩٣

(٢) راجع الأموال لابن عبيد ص ٨٧ - ٨٨

على أن الشافعيه قد اختاروا فى الارض التى ليس لها وارث أنها تكون ملكا لبيت المسلمين وله اقطاعها والتصرف فيها تصرف الملاك من بيع وهبة الخ ... وذلك على أحد قولين لهم فى المسألة .

فما الفرق بين اطلاق تصرفه هنا ـ وتقييد تصرفه هناك ؟ (١)

القسم الثاني : ما مات عنه أربابه ولم يستحقه وارثه بفرض ولا تعصب :

هذا القسم من الأرض ينتقل لبيت المال ميراثا لجماعة المسلمين .

وهل للامام ـ التصرف فيها بالبيع والهبة والاقطاع أم لا ؟ رأيان :

(أ) الرأى الأول : له ذلك ـ وهو قول للشافعيه ورواية عن الحنابلة وابى يوسف وعليه فلا تصير وقفا حتى يقفها .

(ب) الرأى الثاني : ليس له ذلك أى أنها تصير وقفا بنفس انتقالها لبيت المال وهو كذلك قول للشافعيه ورواية عند الحنابلة (٢) .

والراجح :

هو الرأى الأول ـ لأنه يعطى الامام حرية الحركة فى اختيار ما هو أصلح للأمة وأوفر لغلة الارض وأدعى لاستقرار اقتصادها لأنه يتصرف نيابة عنهم وباسمهم جميعا فلا معنى لتقييد حركته .

....

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٩٤

(٢) المرجع السابق ـ والاستخراج لاحكام الخراج لابن رجب ص٣ ط ـ ١٠٥

المبحث السادس

ما يثبت به حق الأولوية على الغير فى الأرض الموات

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التحجير

أولا : التحجير ـ هو الشروع فى احياء الأرض بنصب أحجار أو وضع أعلام ورسم حدود حولها بالتراب أو أى شيء يمكن أن يميزها عن غيرها (١) . فهو اما مأخوذ من الحجر بمعنى المنع ـ والمعنى أن واضع العلامات يريد بها منع غيره من احياء هذه القطعه ـ واما من حجر بالتشديد بمعنى وضع الأحجار علامة لتميز القطعة عن غيرها فلا يقربها أحد لأحيائها (٢) .

حكمه :

وهذا العمل لا يثبت لمن قام به ملكا لهذه القطعه ـ وانما يثبت له حق تقدم وأولويه له على غيره فيكون مستحقا لها دون سواه ـ أى أنها أحقية اختصاص لا ملك ـ لأن سبب الملك الأحياء ولم يوجد فاذا وجد تحول هذا الحق من حق اختصاص الى حق تملك .

والدليل أيضا على أن التحجير يثبت حق تقدم واختصاص ولا يثبت حق ملك ـ قوله صلى الله عليه وسلم ـ من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به وفى رواية . فخرج الناس يتعادون يتخاطون (٣) . ومعنى يتخاطون ـ أى يعملون خطوطا على الأرض اثباتا لهذا الحق .

شروطه :

ويشترط لثبوت هذا الحق شرطان :

الأول : أن لا يزيد على قدر كفايته ـ والا كان ذلك تضييقا على المسلمين وتعطيلا للأرض فلا يمكن منه .

. . . .

(١) جاء فى المصباح المنير واحتجرت الارض جعلت عليها منارا وأعلمت علما فى حدودها لحيازتها ـ مأخوذ من حتجرت الحجرة حجرة اذا اتخذتها ـ وحجر عليه حجرا منعه التصرف راجع مادة حجر . (٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٦٣

(٣) نيل الاوطار جـ٥ ص٣٠٢ ـ وانظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٥٣

الثاني : أن تكون لديه القدرة على احيائه باكمال ماشرع فيه[1] . فان جاز مايزيد على كفايته أو تحجو ما يربو على قدرته كان لغيره أن يحييه وليس له عليه هذا الحق .

وذلك ـ لما روى من أن بلال بن الحارث المزنى استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا فاقطعها له عريضة . فلما ولى عمر قال له يابلال انك استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا طويله فقطعها لك وان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يمنع شيئا يسأله وأنت لاتطيق مافى يدك فقال أجل ـ فقال فانظر ما قويت عليه منها فامسكه ومالم تطق ـ وما لم تقو عليه فادفعه الينا نقسمه بين المسلمين ـ فقال لا أفعل والله شيئا ـ أقطعنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ فقال عمر والله لتفعلن فأخذ منه ما عجز عن عمارته فقسمه بين المسلمين فقد دل هذا على أن عمر رضى الله عنه يرى أن الاقطاع ـ ولو كان من رسول الله صلوات الله وسلامه عليه لايثبت له حقا الا فيما يقدر على عمارته فاما ما عدا ذلك فهو حق الدولة ولها أن تسترد لتدفعه لبقية المسلمين[2] .

فقد جاء فى رواية أخرى للخبر ـ أن عمر رضى الله عنه قال لبلال . ان رسول الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجره عن الناس انما أقطعك لتعمل .

هذا فيما اذا تحجر ما يزيد على طاقته أو يربو على كفايته .

فاما اذا تحجر فى حدود ذلك وثبتت له الأولويه هل يرفع سلطان الدوله عنه ؟ ويترك حرا فى أن يعمر أو لا يعمر ؟ لا . فان الفقهاء جميعا قد اتفقوا على اعطائه مهلة مدة يضربها له الامام .

فاذا امضت ـ ولم يكن قد أحيا أو ابتدأ فى الأحياء على الأقل فان حقه فى الامتياز فيها يسقط ويكون من حق الدوله أن تعطيها لمن تشاء بعد ذلك حتى لا تتعطل الارض ويضيق على الناس[3] .

....

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦٣ (٢) راجع الاموال لابن عبيد ص٤٠٨

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥٥

رأى الفقهاء فى هذه المدة :

ولقد اختلفت كلمة الفقهاء فى مقدار المدة التى يمهل اليها المتحجر ـ وكان خلافهم على رأيين :

(١) الرأى الأول : يرى تحديدها بثلاث سنين ـ وهو قول الحنفية والحنابلة[(١)]،

(٢) والرأى الثانى : يترك مدة يمكنه فيها أن يحى عرفا ـ تطول أو تقصر حسب ذلك . واليه ذهب الشافعيه

وفى رأيى أن الراجح فى هذه المسألة قول الشافعيه لأنه أقرب الى تحقيق الغرض من التحجير . فان امكانيات الناس وقدراتهم تختلف فان مايقدر انسان على تعميره فى سنة قد يحيه غيره فى اكثر من السنة أو أقل منها فكان الأنسب أن يترك تحديد المدة الى العرف ومايراه الامام . وان ماورد عن عمر[(٢)] . هو تقدير عصر وأوان لاتقدير حجة وبرهان .

فاذا انقضت المدة سواء كانت ثلاث سنين أو المدة التى قدرها الأمام استنادا الى العرف أرسل اليه الامام او نائبه منذرا له ومعرفا اياه ما يترتب على اهماله ويطلب منه اما أن يحيى واما أن يترك ما تحجره على الناس . فان استمهله مدة قريبة يعتمد فيها . أو وجد عذرا مقبولا منعه من العمل .

كان تحديد المدة أو قبول العذر وعدم قبوله مرجعه الى رأى الامام فان تحقق اعراضه عن الارض التى حجرها فلا امهال مطلقا[(٣)] .

....

(١) المرجع السابق ـ والهدايه شرح البداية جـ٤ ص٧٣

(٢) مغنى المحتاج للشربينى جـ٢ ص ١٦٢

(٣) المرجع السابق

المطلب الثانى

الأقطـــاع

تعريفه :

يقال أقطع الأمام الجند البلد اقطاعا . جعل لهم غلتها رزقا واستقطعته سألته الأقطاع واسم الشئ المقطع قطيعة [(١)] . هذا فى اللغة ـ وأما فى الشرع فهو سلطة للامام يستطيع بموجبها أن يمنح أرضا مخصوصة أو غلة أرضه مخصوصة لانسان بشرائط مخصوصة [(٢)] .

فخرج بالأمام غيره فليس من سلطة أحد أن يتصرف بالاعطاء لهذه الأرض المخصوصة لاحد ـ وهى من حق المنصب نفسه بحيث لو قام بالامام ما يستوجب عزله وعزل فليس له أن يمارس هذا الحق ـ أى أنه ليس حقا شخصيا وليس هذا الحق مطلقا بحيث يستطيع أن يمارسه على أى أرض , بل على أرض , مخصوصة ستذكر بعد .

كذلك فليس له أن يعطى شخصا لا تتوافر فيه شروط الحاجة والقدره . فهو يتصرف فى اطار المصلحة العامة وفى دائرة النفع للمجموع . من هذا التوضيح لمعنى الاقطاع فى الشريعة الاسلامية نرى أنه كان أداة من أدوات التعمير ووسيلة من وسائل العدالة الاجتماعية التى وضعها الاسلام من أجل تطوير الامة وتقدمها وكان طريقا من الطرق العديدة التى سار فيها الاسلام كى يطارد به الذل والهوان والتعطل التى تهدد الامم وتعوق تقدمها .

ولم يكن فى يوم من الايام أداة ا قهر أو استعباد ـ ولا منفذا للتعالى والسيطرة على نحو ما حدث فى أوربا ـ وما شاع فى الشرق الاسلامى فى غفلة من تعاليم الاسلام وفى غفوة من هيمنته تعاليمه على مقاليد الحكم . والاجتماع وسوف نفصل القول فى هذا المسألة قريبا .

....

(١) المصباح المنير ـ مادة قطع

(٢) راجع فتح البارى جـ ٥ ص ٣٦ ط حلبى ـ وانظر نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣١١

الدليل عليه :

وقد باشر الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء من بعده الاقطاع بمعناه السابق فكان برا ورحمة بالمسلمين - واليك بعض النماذج :

(١) ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما - قال أقطع النبى صلى الله عليه وسلم الزبير حضر فرسه - وأجرى الفرس حتى قام ثم رمى بسوطه فقال اقطعوه حيث بلغ السوط رواه احمد وأبو داود (١).

(٢) ماروى عن عروة بن الزبير رضى الله عنهما أن عبد الرحمن بن عوف قال اقطعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم - وعمر بن الخطاب أرض كذا وكذا - فذهب الزبير الى آل عمر فاشترى نصيبه منهم . فأتى عثمان بن عفان فقال ان عبد الرحمن بن عوف زعم أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطعه وعمر بن الخطاب أرض كذا وكذا - وانى اشتريت نصيب آل عمر فقال عثمان - عبد الرحمن جائز الشهادة له وعليه رواه احمد (٢).

(٣) أخرج البيهقى والطبرانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينه أقطع الدور - وأقطع ابن مسعود فيمن أقطع .

(٤) روى أبو عبيد - قال حدثنا هشيم قال حدثنا يونس عن ابن سيرين قال أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الانصار يقال له سليط - وكان يذكر من فضله - أرضا - قال فكان يخرج الى أرضه تلك فيقيم بها الايام ثم يرجع فيقال له لقد نزل بعدك من القرآن كذا وكذا وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كذا وكذا قال فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان هذه الارض التى اقطعتنيها قد شغلتنى عنك فاقبلها منى فلا حاجة لى فى شئ يشغلنى عنك فقبلها النبى صلى الله عليه وسلم فقال الزبير يارسول الله اقطعنيها قال فأقطعها اياه (٣).

فقد دلت هذه الأحاديث على أن الرسول عليه السلام كان يباشر الاقطاع - كما أن الاشتغال بتعمير الارض لم يتغلب على ما طبع عليه السلف من الايمان الصادق

....

(١) نيل الأوطار جـ٥ ص٣١٢ (٢) المرجع السابق - ٣١٢ - ٣١٣

(٣) الاموال لابى عبيد ص ٣٨٦

والتفانى فى حب الله ورسوله — كما أن الحديث الأخير يدل على أنه اذا قام مانع بالمقطع جاز له أن يرد القطيعة وعلى الدولة أن تقبل منه .

المطلب الثانى

بيان الحق الذى يكتسب بالاقطاع

لقد اختلفت كلمة الفقهاء حول الحق الذى يكتسب بالاقطاع — هل هو حق تملك — أو حق اختصاص؟

وسبب الخلاف بينهم يرجع الى أن من جعله سببا مستقلا للتملك — قال ان الحق المكتسب به حق ملكيه شأنه فى ذلك شأن بقيه الاسباب — كالهبة والبيع وما شابههما ومن قال انه لابد من أن ينضم الى الأقطاع شئ آخر وهو التعمير والاحياء قالوا ان الحق المكتسب به حق اختصاص وأولوية فقط .

واليك مذاهب العلماء — وأدلتهم فى هذا الموضوع وبيان الراجح منها .

اختلف العلماء فى هذا الموضوع على قولين :

(١) القول الأول : يرى أن الأقطاع يكسب المقطع حق اختصاص فى الارض المقطعة بمعنى أنه أحق بها من غيره واليه ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة والحنفية (١) .

(٢) القول الثانى : يرى أن الأقطاع يكسب المقطع حق الملكية — وانه سبب لها — واليه ذهب المالكية (٢) — وقد استدل كل على ما ذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة الجمهور — وقد استدل الجمهور بما يلى :

(١) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المزنى العقيق أجمع فلما كان زمن عمر قال لبلال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحتجره عن الناس انما أقطعك لتعمل فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقى فقال لا أفعل شيئا — أقطفيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر — والله

....

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٩١ — والاحكام السلطانية للقاضى أبى ليلى ص ٢٢٨ المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٦٤ — ١٦٥ (٢) الدسوقى — والشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٦٨

لتفعلن فأخذ منه ما عجز عن عمارته فقسمة بين المسلمين[1]. فقد دل الخبر على أن الاقطاع يفيد حق التقدم والامتياز فقط ـ وأن التملك لايتم الا بالتعمير ومادام التعمير لم يوجد فلا يوجد التملك ـ ومن هنا ساغ لعمر رضى الله عنه أن يرفع يد بلال عن الارض التى عجز عن اتمام سبب تملكها .

(٢) ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما أرضا فجاء آخرون فى زمن عمر فأحيوها فقال لهم عمر حين فزعوا اليه تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم ؟ لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئا ـ ثم قومها غامرة وقومها عامرة . ثم قال لاهل الأصل ان شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم وان شئتم ردوا عليكم ثمن اديم الارض ، ثم هى لهم[2] .

فقد دل الخبر على أن عمر رضى الله عنه امتنع من اعطاء الارض لمن أحيوها بعد أن فقد الأولون حق الاختصاص فيها بدليل ما جاء عنه فى روايه أخرى . لو كانت قطيعة منى أو من أبى بكر لرددتها ولكن من رسول الله صلى الله عليه وسلم[3] .

امتنع عن ذلك اجلالا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وتكريما لعمل امضاه ـ ولو لم يكن المعطى مستحق له .

(٣) ماروى من أن أبا بكر رضى الله عنه أقطع طلحة بن عبيد الله أرضا ـ وكتب له بها كتابا ـ وأشهد عليه ناسا فيهم عمر فأتى طلحة عمر بالكتاب فقال اختم على هذا فقال لا أختم اهذا كله لك دون الناس؟ فقد دل هذا الخبر على أن الاقطاع وحده ليس سببا للتملك اذ لو كان كذلك لتم بمجرد اقطاع أبى بكر صلحة هذه الارض ، ولكن لما أحاله الى عمر ـ ولعله كان قد أنس فى عمر حسن تقديره لهذه المسألة أو أن هذا ربما شق على المسلمين لان عمر قال له اهذا كله لك دون الناس ؟ ورده .

ثانيا : ادلة المالكية ـ على أن الاقطاع سبب مستقل للملكية استدلوا بمايلى :

(١) ماروى عن عروة بن الزبير أن عبد الرحمن بن عوف قال أقطعنى رسول الله صلى

. . . .

(١) انظر الاموال لابى عبيد ص٤٠٦ ـ ٤٠٨ ـ والخراج ليحى بن آدم ص٨٩/ ٢٩٤

(٢) انظر المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٦٥ ـ الخراج ليحى بن آدم ص٨٦ ـ والاموال ص ٤٠٦ ـ ٤٠٧ (٣) الخراج ليحى بن آدم ص٨٦

الله عليه وسلم وعمر بن الخطاب أرض كذا وكذا فذهب الزبير الى آل عمر فاشترى نصيبه منهم . فأتى عثمان بن عفان فقال ان عبد الرحمن بن عوف زعم أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطعه وعمر بن الخطاب أرض كذا وكذا - وانى اشتريت نصيب آل عمر فقال عثمان عبد الرحمن جائز الشهادة له وعليه[1] . فقد دل هذا الخبر على أن الاقطاع سبب من أسباب التملك - حيث ذكره وحده سببا لهم ولم يذكر معه شيئا آخر - وأن آل عمر تصرفوا في نصيبهم تصرف المالك في ملكه فلو لم يكن الاقطاع سببا ما كان لهم أن يتصرفوا .

(٢) ماروى عن أسماء بنت أبي بكر - قالت كنت أنقل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي وهو مني على ثلثي فرسخ[2] .

والوجه منه - أن أسماء كانت تنقل النوى من أرض الزبير - وهذا يدل على أنها أرض مهملة وأن الزبير لم يقم فيها بأية عمارة - ومع ذلك كانت الارض مملوكة له بدليل أنها أضافتها له .

<u>المناقشة</u> :

<u>أولا</u> : مناقشة أدلة الجمهور . وقد نوقشت أدلة الجمهور بمايلى :

(أ) أن عمر رضى الله عنه استرد هذه الارض بعد أن كانت ملكا تاما لبلال بن الحارث لانه رئيس الدولة ومن حقه أن ينتزع الارض للمنفعة العامة - وان كانت مملوكه ملكا تاما بأى سبب من الاسباب .

ولما كانت الارض التى تحت يد بلال قد اصبحت معطلة - فان من حقه أن ينتزعها ليعطيها لمن هم في حاجة اليها .

(ب) ان عمر قال للذين اقطعوا ان شئتم فخذوا أرضكم فقد أسند اليهم الارض والاسناد يقتضى الملك وقال لهم - وان شئتم فخذوا ثمن أديم الارض - والثمن عوض عن مملوك .

(جـ) وأما اقطاع طلحة فانه كان عقد اقطاع موقوف على شرط هو ختم عمر بصفته وزيرا لابى بكر فلما لم يتحقق الشرط لم يصح المشروط .

....

(١) نيل الاوطار جـ٥ ص٣١١ - ٣١٢ (٢) المرجع السابق

وقد ردت هذه المناقشة بمايلى :

(أ) أن هذه الارض لو كانت ملكا لبلال بن الحارث وانتزعها عمر للمنفعة العامة كما قيل ـ لوجب أن يعوضه عنها ـ كما فعل حينما أراد أن يوسع المسجد الحرام فقد انتزع الدور اللازمه للتوسيع ـ وأعطاهم ثمنها ـ

ولكنه لم يعوضه فدل ذلك على أنه لم يكن له فيها حق ملكية بل هو حق اختصاص.

(ب) وأما اعطاء عمر الارض للذين اقطعوها دون اللذين أحيوها ـ وان اسنادها يدل على تملكها لهم فهذا لا يدل ـ لأن عمر قد تحفظ قبل أن يصدر حكمه فى هذه القضيه وبين أنه حكم استثنائى . لا يأخذ صفة العموم حيث قال ـ لو كانت قطيعة منى أو من أبى بكر لرددتها ولكنها قطيعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم لهم بصفة استثنائيه وان كان الحكم العام هو ماذكره . أولا .

(جـ) ماقيل من أن الاقطاع من أبى بكر قد انعقد بمجرد النطق به وان الكتابه والختم من عمر ـ بمثابة التوثيق ـ لهذا العقد مردود اذ لو كان الاقطاع وحده يفيد الملك ـ ما استطاع أن يرده عمر ـ لكنه لما كان يفيد الاختصاص ساغ لعمر أن يمنع هذا الاختصاص قائلا أهذا كله لك دون الناس ؟

ثانيا : مناقشة أدلة الرأى الثانى ـ القائل بأنه سبب للملك ـ وقد نوقشت أدلتهم على الوجه التالى :

(أ) أن الزبير اشترى الارض من آل عمر فى خلافة عثمان وأن الاقطاع كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذه مدة طويلة يمكن فيها التعمير خاصة وأن عمر ذو رأى معروف فى فيمن يحتجز أرضا أو يعطلها . على أن حق الاختصاص يمكن أن يباع ـ ويشترى على رأى بعض العلماء (١) فعلى ذلك ـ لايكون خبر شراء الزبير من آل عمر دليلا على المدعى .

(ب) وماروى عن أسماء لايدل كذلك فان اضافة الارض لاتفيد الملك ـ اذ أنها تريد الارض التى اختصها الزبير وعليه فلايدل على المدعى كذلك ـ وأن نقل النوى يفيد أنها أرض ذات نخل فهى عامره وليست خربة .

(١) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ١٥٤

الترجيح :

وبالنظر فى الأدلة ومناقشتها . يتبين لنا ــ رجحان مذهب الجمهور وهو الذى نختار .

المبحث السابع

مايجوز اقطاعة من الارض وما لايجوز

أولا : الأرض التى للامام أن يقطع منها :

الارض التى يجوز للامام أن يقطع منها قسمان : موات ــ وعامرة

القسم الأول : الموات :

ويدخل تحت هذا القسم ثلاثة أنواع من الارض :

(أ) مالم يزل مواتا من قديم الدهر فلم تسبق عليه عمارة مطلقا لا جاهليه ولا اسلاميه

(ب) ماكان معمورا فى الجاهليه ثم تخرب حتى صار مواتا متعطلا .

(ج) ما سبقت عليه عمارة اسلامية ثم تخرب وطال خرابه .

واتفاق الفقهاء قائم على جواز اقطاع النوعين الأول والثانى .

فأما النوع الثالث : فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء ــ وكان خلافهم على ثلاثة أقوال وهى : الاقوال التى سبقت فى الارض التى يجوز احياؤها فمن قال بالجواز هناك قال بالجواز هنا ــ وكذلك من منع هناك منع هنا ــ والمفصل هناك مفصل هنا ــ والدليل هو الدليل ــ فلا نعيده ــ تجنبا للأطالة .

القسم الثانى : العامرة :

وهى نوعان :

النوع الأول : ما اصطفاه الامام من الارض التى كانت مملوكة لحكام الامم المحاربة والقواد ــ وارض من فرعن ارضه ــ أو قتل ــ والمبانى العامة التى كانت ملكا للحكومة وما شابهها (راجع ــ الارض التى يجوز الاذن فى احيائها فى أول هذا الفصل) .

النوع الثانى : الارض التى مات عنها أصحابها ولم يخلفوا وارثا مطلقا بفرض ولا تعصب وللعلماء فى هذين النوعين رأيان .

(١) الرأى الأول يرى أنهما يصيران وقفا بمجرد انتقالهما الى بيت المال ــ وبذلك لايجوز اقطاعهما ولا بيعهما .

(٢) الرأى الثانى : يرى أنهما لايكونان وقفا الا اذا وقفهما الامام وعلى ذلك فانه له كافة التصرفات الاخرى عليهما التى منها الاقطاع[١]. وقد بينا فى الارض التى يجوز احياؤها أن الرأى الذى ينبغى أن يصار اليه هو الرأى الثانى فكذلك هنا .

ثانيا : الارض التى لايجوز للامام أن يقطع منها :

والارض التى لايجوز للامام أن يقطع منها شيئا لأحد ، أربعة أنواع :

(أ) الارض التى لها مالك معين من المسلمين أو الذميين فليس للامام عليها الا ما يتعلق بها من حقوق بيت المال .

(ب) الارض التى جرت عليها عمارة اسلامية ثم تخربت عند من يرى عدم جواز اقطاعها .

(جـ) الارض الخراجيه - لانها لاتخلو اما أن تكون - وقفا - وتمليك الوقف لايصح واما أن تكون ملكا لقائمين عند من يرى وجوب قسمتها - أو انها ملك لأربابها كما سبق تفصيل ذلك فى أقسام الارض .

(د) الشوارع والطرقات - وحريم العامر وما كان من مرافقه - وليس لأحد أن يستبد بها دون الناس فلكل واحد الارتفاق بها لقوله عليه السلام منى مناخ من سبق[٢] ،

وللحنابلة فى الارض الخراجيه رواية تقول ان للامام أن يقطع من الارض الخراجيه اقطاع تمليك[٣]. مستدلين على ذلك بأن عثمان رضى الله عنه أقطع منها لبعض الصحابة[٤].

ولكن هذا الدليل لايدل لهم . لانه كما يحتمل أنه أقطع من الارض الخراجيه فانه يحتمل أن يكون أقطع من أرض الدولة التى اصطفاها الامام من أراضى كسرى وأعوانه الخ .

وهذا ما رجحه أبو عبيد حيث قال (فى شأن اقطاع عثمان) وقد سألت قبيصة هل كان فيه ذكر السواد ؟ فقال لا . فان يكن كما تأولوا فانه عندى من الاصناف التى كان عمر أصفاها من أرض السواد[٥]. كما أنه يحتمل انه أقطعهم من مواتها

....

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٩٣ - وانظر الاحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص ٢٢٨ (٢) راجع المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٦٢

(٣) الاحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص٢٣١

(٤) المرجع السابق - وانظر الاموال لابى عبيد

(٥) الاموال لابى عبيد ص٣٩٩

او اقطعهم اباها اقطاع استغلال ومنفعه لا اقطاع تمليك . قالوا رد عن عثمان رضى الله عنه محتمل كما ترى — والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال كساه ثوب الاجمال فسقط به الاستدلال .

لذا فاننى أختار أن حق الامام مقصور فى الارض الخراجيه على القيام عليها بما يصلحها ويرفع من قدرتها على الانتاج والمحافظة حتى لا يهملها من هى تحت أيديهم .

اذ أنها ملك للجماعة وهو كالناظر لهم .

وأما الارض التى هى ملك للدولة والحكومة فللامام أن يتصرف فيها بشكل أوسع فله اقطاعها وبيعها أو هبتها ان رأى مصلحة الأمة فى ذلك .

المبحث الثامن

موازنه بين اقطاع - واقطاع

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الأقطاع الاسلامى

مما تقدم يتضح لنا أن الاقطاع الاسلامى تشريعا - وواقعا - وسلوكا لايخرج عن كونه وسيلة فذة سلكها الاسلام بلوغا الى غاية سامية وتحقيقا لهدف عظيم الاوهو عمارة الارض واستخارج خيرها من أجل اعزاز للأمة كلها واتاحة للفرصة أمام كل قادر على الاسهام فى اعلاة كلمة أمته ودعم اقتصادها وتحقيقا لسيادة الانسان بتسخير الارض وما فيها من أجل كرامته وتأكيدا لما انفرد به الاسلام من المساواة بين عمل الدين وعمل الدنيا - وجعل كل منها - اذا خلصت النية عبادة يستحق صاحبها رضوان الله ومثوبته . كما فى قوله تعالى وهو الذى جعل لكم الارض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقة واليه النشور (١) . وكما فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون فاذا اقضيت الصلاة فانتشروا فى الارض - وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلكم تعلمون (٢) .

فقد رتب الله الفلاح والفوز على أمرين أولهما - الانتشار فى الارض - وابتغاء فضل الله منها - والثانى ذكر الله الكثير المتواصل .

. ولكن بالرغم من ذلك فقد حرص بعض الذين تغزوا بلبان الاستعمار وتربوا على نفات موائدة ليكونوا عوامل هدم للاسلام وعبثا عليه حرص هذا البعض أن يبرر ما عليه الغرب من طبقية وانحراف وبشمت دعائم الظلم والفقر فى أمتنا الاسلامية فيحاول أن يقرر أن الاسلام قد أقر الاقطاع - ولقد بلغ التطاول مداه حين تقدم

....

(١) الايه ١٥ من سورة الملك (٢) الايه ٢٠ من سورة الجمعه

طالب للجامعة ببحث يثبت فيه أن الاسلام نظام اقطاعى - والغريب أن اللجنة المناقشة قد منحته درجة الماجستير - وسرعان ماطبع كتابا - صدرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٣[1] . وقد بحثت عنه كثيرا فلم أجده - وسأعرض هنا للسمات العامة مجملة فى كل من الاقطاع بالمضمون الاسلامى .

والاقطاع الغربى - وما ينطوى عليه كل منهما - حتى تخرس الألسنة الموجهة للباطل وبخاصة كل متشدق بالزور والبهتان .

أولا : الاقطاع الاسلامى تتلخص سماته ومميزاته فى الأمور الآتية :

(١) الاقطاع الاسلامى يخول المقطع له حق اختصاص يتمكن به اذا أراد من تملك القطعة التى منحت له وله مطلق الحرية أن يقبل أو يرد - وقد مر بنا منذ قليل خبر الصحابى الذى أقطعه الرسول أرضا فلما وجدها تحول بينه وبين ملاحقة الوحى والتزود بنوره أولا بأول - رد الأرض للرسول وقبلها منه على الرغم من أن الدولة كانت فى مستهل حياتها الاقتصادية وكانت فى حاجة ماسة الى التعمير والزرع[2] .

(٢) اذا اختار المقطع له المضى فى استكمال تملك الأرض فعمرها ومهدها لتصبح قابلة للانتاج فانه يصبح بذلك مالكا لهذه الأرض له أن يبيع أو يهب وأن يتصرف بكافة التصرفات المخولة للملاك العادين على ملكهم .

(٣) لا يترتب على الاقطاع أى التزام زائد على المقطع له تجاه الدولة غير أن يعمل ويستفيد بهذه الأرض هو وأسرته ثم يعرف حق الله فيها - وفيما عدا ذلك فان المقطع والمقطع له أمام القانون سواء .

(٤) لا تتأثر حرية المقطع له بتغير الحكام أو السادة فليس اسيرا للأرض تملكه هى - بل هو الذى يملكها ويهيمن عليها ويتصرف فيها كما يشاء .

(٥) الحكمة من تشريع الاقطاع فى الاسلام - على النحو الذى سلف هى تعمير الأرض واتاحة الفرصة للعمل الشريف والكسب الحلال من وجوهه المشروعة - وطريق للمحبة والاخوة والتراحم - أرأيت ما صنع الانصار مع المهاجرين ؟ آثروهم على أنفسهم ....

(١) شبهات حول الاسلام ص٥٦ محمد قطب ط الخامسة سنة ١٩٦٢
(٢) انظر الاموال لابى عبيد ص٣٨٦

وأنزلوهم بيوتهم واقتسموا معهم ثرواتهم – ثم تركوا الحرية للرسول فى أن يقطع الاراضى الفائضه عن حاجتهم والارض الموات – وكذلك الدور كما مر بيان ذلك .

ومن هنا كانوا جديرين بأن يخلد الكتاب الكريم صنعهم وترددة الدنيا على سمع العالم الى أن يرث الله الارض ومن عليها قال تعالى – والذين تبوؤا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون (١) .

ويروى أنس رضى الله عنه فيقول دعا النبى صلى الله عليه وسلم الانصار ليقطع لهم البحرين – أى مواتها – أو خراجها – على خلاف فى ذلك – فقالوا يارسول الله ان فعلت فاكتب لأخواننا من المهاجرين بمثلها فلم يكن ذلك عند النبى صلى الله عليه وسلم فقال انكم سترون بعدى أثره فاصبروا حتى تلقونى – رواه احمد والبخارى (٢) .

(٦) حين كان تملك الارض بالاقطاع والاحياء تشتم منه رائحة استعلاء من انسان على آخر – أو كان يؤدى الى تضييق على الناس فان الامام كان يقوم باسترداده فورا .

فقد روى أن أبيض بن حمال المازنى استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الذى بمأرب فقطعه له . فلما ولى قيل يارسول الله أتدرى ما اقطعت له ؟ انما اقطعته الماء العد فرجعه منه (٣) .

ومن ذلك ما روى عن قيلة بنت مخرمة قالت قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقدم صاحبى تعنى حديث بن حسان وافد بكر بن وائل فبايعه على الاسلام عليه وعلى قومه ثم قال يارسول الله اكتب بيننا وبين بنى تميم بالدهناء فما رأيته قد أمر له بها شخص بى وهى وطنى ودارى فقلت يارسول الله انه لم يسألك السوية من الارض اذ سألك انما هذه الدهناء عندك مقيد الجمل ومرعى الغنم ونساء بنى تميم وأبناؤها وراء ذلك فقال امسك ياغلام صدقت المسكينه المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتان يعنى – الشيطان وقد مر بك ما فعله عمر رضى الله عنه مع بلال بن الحارث حين أخذ منه مالم يطق تعميره ....

(١) الآية ٩ من سورة الحشر (٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣١٢ – فتح البارى جـ ٥ ص ٣٦
(٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣١٠ ومأرب أرض مملحة باليمن والماء العد الذى له مادة لاتنقطع كماء العيون .

ورد اقطاع أبى بكر لطلحة بن عبد الله فهذه النماذج تبين لنا أن الهدف من الاقطاع كان هذا هو المساواة والتعمير الذى يعود على الامة بالخير الوفير .

فهل كان الاقطاع الذى ساد أوربا وبعض البلاد الاخرى وكذا الذى عرف فى الشرق العربى والاسلامى فى عصور الضعف والضياع الفكرى والاستغلال الاجتماعى هذا مانعرفه فى السطور التاليه .

المطلب الثانى

الاقطاع الغربى

(أ) سماته العامه :

تعريفه : هو نظام فى ظله يلتزم المنتج المباشر نحو سيده أو مولاه بأداء مطالب اقتصاديه معينه (١) .

ولتوضيح ذلك نقول ان المجتمع الاقطاعى كان يتكون من طبقتين :

الأولى : ملاك الابعاديات الاقطاعيه من الاشراف والنبلاء ورجال الدين .

الثانية : وتتكون من المزارعين على اختلاف درجاتهم فمنهم الفلاحون والعمال الزراعيون والعبيد .

وكانت الطبقة الأولى - أقلية تتحكم فى الطبقة الثانية الذين يمثلون السواد الأعظم للشعب فقد كان من يملك أى قطعة من الارض كان يتملك معها الفلاحين والعاملين فيها بحيث لايملك هذا الفلاح أو العامل أن يترك هذه الارض الى أرض أخرى - وليس هذا فحسب بل كان للسيد حق القضاء عليهم والحكم والفصل فى المنازعات حسب هواه - يقول الاستاذ (ج. و. كويلاند) أستاذ تاريخ العصور الوسطى بجامعه ليفربول بانجلترا (ثم نرى فيما نرى كذلك أن امتلاك الارض أصبح مقترنا بحق امتلاك نواحى الحكم والسلطان فيمن يكون بتلك الارض من الناس - أى أن الأرض والسلطان صارا ممتزجين ببعضهما (٢) .

....

(١) شبهات حول الاسلام محمد قطب ص٥٦ نقلا عن كتاب النظام الاشتراكى للدكتور راشد البراوى . (٢) انظر الاقطاع والعصور الوسطى بغرب أوربا - تأليف ج. و. كويلاند الذى ترجمه الى العربية محمد مصطفى زيادة أستاذ العصور الوسطى بجامعة القاهرة ط ثانية سنة ١٩٥٥

ويصور فى مكان آخر مدى العبودية التى انحدر اليها العامل فى الارض فى عصر الاقطاع فيقول (فالقن على وجه العموم فلاح قرارى يعيش على قطعة من الارض فلا يملك الحرية فى الانتقال عنها — وليس له أن يتزوج من جهة خارج الدومين التابع له الا باذن متبوعه وعليه أن يؤدى واجبات معينه فى ارض هذا المتبوع — وتقديم جزء من غلته له .

واذا تزوج السيد أو رزق بمولود أو مات له ميت فعليه أن يقوم بدفع مبالغ مبينه رمزا لتهنئته هذا بالاضافة الى أنه ظل يشترى ويباع ويبدل بغيره حسبما يشاء متملك الدومين[1] .

ويقول فى مكان ثالث وكيفما كان الامر فقد بدت علاقة القن بسيده ذات شقين لانها فى الواقع تبعية اقتصاديه وعبودية شخصية معا — ثم ما لبثت هاتان الصفتان لسبب من الاسباب الطارئة أن أخذتا فى الانفصال احداهما عن الاخرى بحيث صار من الجائز قانونا أن تقوم الناحية الشخصية من القنية بين فلان واسمه عمرو مثلا — وبين فلان واسمه زيد[2] .

ثم ينتقل الى وصف القرية التى كان يعيش فيها الفلاح القن والمنزل الذى يسكنه والاثاث الذى يحويه هذا المسكن فيقول (ونستطيع أن نصور القرية عن طريق مقارنتها بمثيلها فى العصور الحديثة اذ الارض فى الارض لم تتغير ماعدا الحواجز التى تفصل الحقوق عن بعضها البعض فى الريف الانجليزى فى العصر الحاضر طمست معالم الحقول السابقة فالكنيسة والدوار ودكاكين أرباب الحرف اللازمة لمجتمع متكفل بحاجاته واهدراء المحاصيل وبيوت الفلاحين كل ذلك كان فى بقعه واحدة تحيط بها الارض الزراعية التى لاتزال على حالها حتى الان — وماعدا ذلك من ارض القرية فهو الخلاء المشاع لرعى الماشية والغابة المجاورة له والمروج التى تنبت الحشائش لعلف الماشية فى الشتاء وكل من هذه الأجزاء بقى فى أغلب الاحيان فى حوزة السيد البارون[3] صاحب الاقطاع .

....

(١) المرجع السابق ص ٣٥ — والدومين معناه مجموع ما تحت يد السيد الاقطاعى من أبعاديات وضواحى . (٢) المرجع السابق ص ٣٧ (٣) البارون يشبه الوسيط بين المالك الاصلى وبين الفلاح فله أبعديات واقطاعيات أعطاها اياه السيد الكبير اللورد — لقاء التزامات يؤديها هو الآخر فى النواحى السياسية والعسكرية والحربية نحو سيده .

وظل الفلاح الذى يعيش فى مثل تلك القرية من طبقة صغار المزارعين ومأواه بيت حقير البناء بدليل مابدا فى تلك العصور من شيوع الجريمة واحراق البيوت انتقاما من أصحابها - واحتوى ذلك البيت الحقير على ماينا سبه من الأثاث بحيث كان أعلى مافيه قدر من حديد (١) .

ولم يكن هناك فرق بين ما يعانيه الفلاحون العبيد فى الاقطاعيات التابعه لرجال الكنيسه وبين الذين يعملون عند النبلاء والبارونات فالاستغلال هو الاستغلال والعسف هو العسف مع فارق بسيط .

يقول أستاذ التاريخ بجامعة ليفربول - تلك باختصار هى حال القن سواء أكان سيده الاقطاعى من المدنيين أم من رجال الدين - واذا سأل سائل عن القن التابع لأرض كنيسة من الكنائس هل هو أحسن حالا من القن التابع لبارون من البارونات فالجواب أن المعاملة التى يلقاها الاول بدت أقل استبدادا وتعسفا من تلك التى يلقاها الثانى - ولكنه يكون ملزما كأخيه بتأدية ما عليه من الواجبات المتشابهة فى الحالين - أما السبب فى احتمال اختلاف المعاملة بين الاثنين فهو أن الكنيسه ظللت أكثر ضبطا لدفاترها وسجلاتها من البارون (٢) - اذن فليس مرجع الاختلاف هو الرحمة أو العطف الذى ينبغى أن يسكنا قلب رجل الدين - ولكنه هو دقة الحسابات وانتظام السجلات .

(ب) <u>الحقوق - والمقررات الأقطاعيه</u> :

نورد فيما يلى : مجملا للواجبات والمقررات التى كانت تجب على العبد - أو الفلاح نحو سيده .

(١) كان فى مقدمة الواجب على الفلاح - ما كان يسمى بالمؤاجرات وهى ما يفرضه السيد عليه مقابل بقائه فى الارض وان كان فى الواقع لا يستطيع بحكم التبعية المفروضة عليه أن يغادرها والسيد حر فى أن يحصلها نقدا . أو قدرا من المحاصيل ربما كان يزيد على ما تنتجه الارض - كما أنه حر فى أن يحصل أجرة هذه القطعه فى هذا العام نقدا ثم يأتى فى العام القابل فيجب عليها محاصيل - وهكذا - ولسه

....

(١) المرجع السابق (٢) المرجع السابق ص ٣٨

أن يختلق أنواعا وتخترع من أساليب الابتزاز مايزيد على طاقته ويتركه بلا طعام يقول ج. و. كوبلاند (والواقع أنه كان هناك مايحيو العقل من تنوع فى الحقوق فضلا عن تباين غير مفهوم بين مساحة القطعة الواحدة من الأرض — وبين الحقوق المقررة عليها[1] .

(٢) السخرة — وهى التزام الفلاح أن يعمل فى أرض سيده — وأن يقوم بجميع مايلزم لها من الفلاحة — وهو لا يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام . فاما أن يقوم به بنفسه وأولاده — واما أن يدفع بدلا نقدا مقابل الاعفاء منها .

(٣) عشر ما تخرج الارض من الزرع وما عليها من ماشية ومافيها من ركاز — وذلك كان يؤدى مقابل ماسمى بالخدمات التى يؤديها الكنيسة اذ أن رجال الكنيسة قد عمقوا لدى هذا المكسكين الاعتقاد بأهمية الصلوات والخدمات التى تقوم بها الكنيسه طلبا للمغفره ومرضاة الرب .

(٤) احتكار الخدمات التى لم يجد الفلاح بدا من التسليم بها . فليس له أن يطحن حبوبه خارج طاحونه السيد التابع له سواء كان ذلك السيد من المدنيين أو كان من رجال الكنيسه — وكانت العادة الجارية أن يعطى السيد الطاحونه لانسان يضمنه مبلغا مقدرا من المال أمقدارا من الغله كاجولها . ثم يستدير الطحان لهؤلاء فيتعسف بهم ويسئ معاملتهم[1] .

(٥) وأخيرا فليس لهذا الفلاح أن يحتكم الى أى انسان أو هيئة غير السيد الذى يتبعه يقول (ج . و. كوبلاند) ثم يلاحظ أن البارون غدا بموجب النظام الاقطاعى هو الحاكم فيما تحت يده من الاراضى ومن عليها من السكان[1] .

(٦) وحين آذن هذا النظام أن يقضى عليه شأن كل نظام ضد طبائع الاشياء كان الفلاح يضطر الى شراء حريته بثمن باهظ قد يستغرق منه معظم حياته فى جمعه[3] .

هذا اطار المعاملة فى حالة السلم . فأما اذا كانت هناك حالة حرب بين اقطاعى — واقطاعى آخر — أو حرب عامة على نحو ما حدث فى الحروب الصليبية فان

....

(١) المرجع السابق ص ٥٠ (٢) المرجع السابق
(٣) شنبهات حول الاسلام محمد قطب ص ٥٩

عبء الحشد لهذه الحروب يقع كلــه على هؤلاء فى أنفسم وأموالهم دون أن يستطيع واحد منهم أن يتخلف ولو للحظــة واحــد ة .

نتيجــة :

وبعد فاذا جاز أن يطلق على هذا الاستعباد نظام واذا سمحنا لأنفسنا أن نضعه فى كفة ـ والنظام الاسلامى فى كفــة أخــرى فاننا نتبين الآتــى :

(أ) ليس فى الاسلام عبودية والاتبعية الا الى الله خالق السموات والارض ـ وحين وجد الرق فى الاسلام . لم يكن الاسلام هو الذى ابتدع نظامه ـ وانما جــاء الاسلام ليصادف وضعا شاذا فعمل فى اطار مراعات كل الملابسات الاقتصادية والاجتماعية على علاجــه بالحكمه فضيق مصادرة ووسع منافذه وفتح أبوابا كثيرة للتخلص منــه فالرق لايكون الا نتيجــه لحالة حرب لايجد الامام المسلم فيها مناصا من ضرب الرق على بعض الاسرى . معاملة بالمثل أو لمصلحة عامة تقتضى ذلك . ثم جعل العتــق فى حد ذاتــه قربة الله تعالى وجعله كذلك تكفيرا لبعض الذنوب التى يقع فيها المسلم كالقتل ـ والظهار ـ والحنث فى اليمين ـ وتعمد الأفطار فى رمضان ـ و شرع التدبير ـ والمكاتبه ـ وعتق أم الولد على سيدها بمجرد موتــه[1] . الخ هذه الوسائل التى ليس هنا مجــال بحثهــا .

(ب) والاسلام لايعرف التزاما للمؤجر قبل المستاجر على نحو ما مر بــل العلاقه منظمة بينهما فى أبواب الاجــارة والمزارعة والمساقاة ـ تنظيما يضمن لكــل طــرف حقوقا وواجبات تعدل مايبذل احدهما ولقاء مايملك الاخر ومن أراد أن يتبين ذلك فليراجعها فى كتب الفقــه للمذاهب الاسلامــيه .

(ج) وليس فى الاسلام ما يوجب على الانسان أن يشترى حريتــه بالمــال ولايلتبس هذا ـ بالمكاتبه بين انسان ورقيقه ـ فان الرق حين يحدث يكون بديــلا للقتل الذى كان من حق الامام أن ينفذه فى هذا الذى كان بالأمس يحارب المسلمين ويقتل أبناءهم . اذن فاذا طلب منه اقساطا من المال على آجال طويله فى مقابل فك

....

(١) يراجع الموضوع بتوسع فى كتب فقــه المذاهب كلها ـ وانظر نيل الاوطار جـ ٦ ص٧٨ وما بعدهــا .

رقبته فانه يكون قد أحسن اليه مرة ثانية بعد أن أحسن اليه الامام بالابقاء على حياته - ثم لايخفى أن الدولة ملزمة باعانته ومساعدته على استكمال شخصيته وهو ثمن دخلها من الزكاة كما قال تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين عليها والمؤلفة قلوبهم والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم (١) - فالعامل في هذا اقتصادى بحت .

أهم العوامل التى ساعدت على انحراف الاقطاع فى مصر - بعد الاسلام :

حين جاء الاسلام كان يقتسم المشرق العربى دولتان عظيمتان هما دولة الروم ودولة الفرس - وكانت مصر تحت ولاية الرومان - وكانوا يسومون أهلها الوان العذاب فمن الضرائب الباهظة الى أعمال السخرة الى نقل خيرات الأمة الى السادة الحاكمين خارجها . وكان عبء ذلك كله يقع على الفلاحين والمزارعين . الذين يعملون أجراء فقط وليس لهم حق تملك رقعة الارض . الى أن جاء الفتح الاسلامى لمصر سنة ٦٤١ ميلادية .

فرحب به سكان البلاد حيث رفع عنهم ما أثقل كاهلهم من الضرائب - والقى أعمال السخرة الى غير ذلك من المظالم التى قطع دابرها وأما ما يتعلق بالارض فانها كانت على نوعين :

(١) الارض الخراجيه - وهى الارض التى كانت ملكا للجماعة الاسلامية واقرت فى أيدى أهلها مقابل خراج يطيق دفعه من غير مشقة الفلاحون .

(٢) الارض التى كانت ملكا للدولة - وهى تشمل ما كان للحكام السابقين - والموات وما الى ذلك - وهذا كانت تقطع منه الدولة المحتاجين . ومن ترى مصلحة عامة فى اقطاعه - وكانت الضرائب تفرض على القرية بقدر ما تستطيع ثم يوزع على الاهالى بنسبة مايزرعون من الأراضى - وكان مقدار الضرائب يراجع كل أربع سنوات - فمن استحق الزيادة زيد عليه بالعدل - ومن استحق التخفيف خفف عنه (٢) .

....

(١) الايه ٦٠ من سورة التوبة

(٢) الخطط والاثار للمقريزى ج١ ص٧٤ ط بولاق ص٧٦ وانظر الخراج لابى يوسف ص١٠٥ ط سلفيه

الفصل الرابع

(أ) ظهور نظام القبالات - أو الالتزام :

وظل الحال كذلك حتى فشا الاسلام بمصر حيث استوطنتها أعداد كثيرة من العرب الفاتحين وتوطدت العلاقة بينهم وبين السكان الأصليين ودخل السواد الاعظم من الشعب الاسلام طواعية واختيارا .

فكان متولى الخراج يجلس فى جامع عمرو بن العاص من الفسطاط فى الوقت الذى تتهيأ فيه قبالات الأراضى - وقد اجتمع الناس من القرى والمدن فيقوم رجل ينادى على البلاد - صفقات صفقات - وكتاب الخراج بين يدى متولى الخراج - يكتبون ما انتهى اليه مبالغ الكور على من يقبلها من الناس وعلى ذلك فالقبالات معناها أن يتقبل واحد أو أكثر من الناس مساحة من الأرض أو مجموعة من القرى للعمل فيها واصلاحها ثم يؤدى ما عليها من خراج وبعد ذلك يفرض المقدار الواجب على من بيده الأرض فيحصله لنفسه .

وكان المتقبل يقبل القرية أو القرى الى اربع سنين - وظل الحال كذلك فى عهد الأمويين - والعباسيين والفاطميين .

(ب) نظام الأقطاعات :

فلما - تولى صلاح الدين الحكم عدل عن نظام اعطاء الجند أجورهم نقدا الى نظام آخر من مقتضاه اقطاع المقاتلة الأرض نظير ما يؤدونه من الخدمات الحربية وبعد ذلك كانت تقسم البلاد بين السلطان والجنود والامراء فيختص السلطان منها بأربعة قراريط - ويختص الجنود بعشرة قراريط - ويختص الأمراء بعشرة قراريط وكان الامراء لا يكتفون بمالهم من نصب الاسد فى البلاد بل كانوا يأخذون من اقطاعات الجنود فلا يصل اليهم منها شئ ومع الوقت يصير هذا الاقطاع فى دواوين الأمراء .[1]

(جـ) الحروب الصليبية :

وكانت الحروب الصليبية التى دارت رحاها مايقرب من مائتى سنة (١٠٩٦ - ١٢٩٢) على أرض المشرق العربى والاسلامى ضمن العوامل التى ساعدت على تعميق فكرة الاقطاع بمعناه الاستبدادى ومفهومه البغيض كما هو موجود فى أوربا

....

(١) المرجع السابق ص ١٨ وانظر الملكية العقارية فى مصر ص ٦٩ - ٧١ - محمد كامل مرسى

عند الشرقين ففى الوقت الذى انتقلت فيه القيم والمبادى الساميه من المسلمين اليهم عن طريق هذه الحروب ـ كما انتقلت اليهم كذلك عبر شريانه الحى بالأندلس ابان الوجود الاسلامى فيها كان العكس يحدث عندنا ـ فقد انتقلت الينا بطريق المحاكاة والايحاء والتأثير الذى يحدث تلقائيا نتيجة الاختلاط والتعامل الطبقية الممقوته التى كانت سائدة فى المجتمع الغربى ـ بعد أن استطاعت تعاليم الاسلام ـ أن تحد من شيوعها وتكفكف من شرها ـ فتحول المجتمع تدريجيا الى طبقة من السادة وأصحاب الأبعديات والأواسى وأخرى من العبيد والاجراء والمسخرين لا شاغل لهم الا تلبيه رغبات السادة وتحقيق نزوات المستبدين .

(د) الاحتلال التركى :

وحين دخل الاحتلال التركى البلاد المصرية جعل السلطان سليم الأول الارض التى كانت تحت يد السلاطين الشراكسه ملكا له ـ ووزع منها قدرا على جنوده والمماليك المولين له ـ وكانت تسمى بعض اقطاعاته (رزقه) .

وحين ضعف السلطان التركى وقوى سلطان المماليك وسادت الفوضى فى البلاد وهبطت قيمة الارض وتركت من غير زراعة وسام الحاكمون الشعب خسفا ـ ولما عجز الحكام عن تحصيل الضرائب لجئوا الى نظام الالتزام ـ ومعناه أن يلتزم الشخص ضريبة ناحية أوكثرعن سنة أو أزيد فيعجل خراج سنة وكان الالتزام يقدر اما بمزيدة أو اتفاق على الثمن بين الملتزم من ناحية وبين من ينوب عن الحكومة من ناحية أخرى (1) ـ وهو يشبه نظام القبالات فاذا دفع الملتزم الضريبة ـ أعطى حق التصرف وحاول بما وسعه الجهد الحصول على المال الذى عجله للخزينة وعلى الفوائد التى كان يقرر سعرها بنفسه لعدم وجود أية قيود على معاملته للفلاحين .

بل ان الحوكة كانت تساعده على القيام بهذه المهمة فكانت تعطيه أراضى غير التى التزمها معفاة من كل ضريبه يحرثها فلاحوا الناحية سخرة لحساب الملتزم فكانت هذه الأراضى تعرف بالأواسى (٢) . وظل الحال كذلك تقريبا حتى استولى محمد على على الحكم وخلع المماليك وصادر جميع الاراضى . وجعل نفسه مالكا لها

....

(١) الاحكام المرعيه فى شأن الأراضى المصرية أرتين باشا ص٤٥ ـ ٤٦

(٢) المرجع السابق ـ وانظر الملكية العقارية فى مصر وتطورها محمد كامل مرسى ص٧٥

وقام فى سنة ١٨١٣ بمسح شامل لكل الاراضى المصرية واستبعد منها الارض البور وسميت الابعاد - والتى اطلق عليها فيما بعد (الابعادية) وفى ظل هذه التسمية اختفط بمايشاء من الارض - ومنحها كبار موظفيه وبرز بعد ذلك بما يسمى (بمسموح المصطبه ومسموح المشايخ الى آخر هذه المحاولات التى استهدفت توزيع الارض حسب الهوى والغرض - والضحية فى كل ذلك هو الشعب العامل أصحاب الارض الحقيقيون (١) - وظل الحال ينحدر من سىء الى أسوء وليس هنا محال تفصيل ذلك حتى قامت ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ - فوزعت الارض من جديد على المستحقين واصدرت عده قوانين للاصلاح الزراعى تهدف كلها الى جعل الارض لأصحابها الحقيقيين وكان آخرها القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ والذى حرم بمقتضاه امتلاك الاجانب للأراضى الزراعيه .

هل يفيد وضع اليد الملك ؟

وضع اليد - هو الاستيلاء على الشئ - من غير بيان لسبب الملكية أو بينه تشهد بها له أو لغيره .

فأما اذا كان لديه سبب يوضح ملكيته لهذا الشئ كارث أو هبة أو بيع أو غير ذلك - أو بينه على ذلك فان هذا الشئ يكون ملكه أو يكون وضع اليد عليه بحق كاجارة أو اعارة أو غير ذلك . فان هذا لا كلام لنا فيه .

فان لم يكن هناك سبب شرعى يستند اليه هذا الاستيلاء فان وضع اليد يكون فى هذه الحالة غصبا لايقر صاحبه عليه ويكون داخلا فيمن عناهم الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله - من غصب قيد شبر من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة (٢)

وقد روى أن سمرة بن جندب كانت له عضد من نخل فى حائط رجل من الانصار قال ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه فطلب اليه أن يناقله فأبى فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب اليه النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى فطلب اليه أن يناقله فأبى قال فهبه - ولك كذا وكذا - أمرا رغبه فيه فأبى فقال أنت مضار وقال رسول الله

....

(١) انظر المرجع السابق الاحكام المرعية ص ٤٧ وما بعدها
(٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٤٧

صلى الله عليه وسلم للأنصارى اذهب فاقلع نخله (١) .

وقد اختلفت كلمة الفقهاء فى الزرع والغرس أو البناء الموجود فى الارض المغصوبة هل لمالك الارض أن يأخذ الزرع ويعطى الغاصب ماغرمه فى الزرع أو الغرس أو البناء ؟ أوله أن يرغمه على قلع زرعه وغرسه ورفع بنائه من أرضه ؟ بكل قيل - وليس هنا مجال تفصيل القول فيه لانه لايدخل فى صميم بحثنا

ولكن ما الحكم اذا وضع انسان يده على أرض مدة وليس لديه سبب ملكية لهذه الارض ؟ ثم ادعاها آخر من غير بينة أو تساوت البينات لدى كل من واضع اليد والمدعى ؟ .

لبيان هذا السؤال نتناول ناحيتان :

الناحيةالأولى - اذا لم يكن هناك بينة مطلقا .

الناحية الثانيه - اذا وجدت نبينة .

<u>الناحية الأولى :</u>

اذا الدعى انسان أرضا وهى بيد انسان آخر يباشر عليها سلطات المالك أو بعضها - ولم يعرف سبب حيازته لها كعقد اجارة أوعارية أو بيع أو هبة - أو ميراث أو وصية - وكان المدعى لابينة معه فان وضع اليد فى هذه الحالة يكون قرينة قوية على تملك واضع اليد لها فتكون له دون المدعى العارية دعواه عن بينة .

ولا يكلف واضع اليد سوى اليمين فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالارض لواضع اليد عليها حين عجز المدعى عن اقامة البينة ولم يكلف المدعى سوى اليمين روى البخارى عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرى مسلم لقى الله وهو عليه غضبان فقال الاشعث فى والله كان ذلك كان بينى وبين رجل يهودى أرض فجحدنى فقدمته الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألك بينة ؟ قال قلت لا . فقال لليهودى احلف قلت يارسول الله -

....

(١) المرجع السابق ص ٣٢٠ وروى بنحوه هذا فى الخراج ليحى بن آدم ص ٨٣

اذن يحلف ويذهب بمالى فأنزل الله ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لاخلاق لهم فى الاخرة ولايكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم (١) • فقد حكم الرسول بالارض لواضع اليد عليها حين عجز المدعى عن اقامة بينة يؤيد بها دعواه فكان وضع اليد قرينة قوية وروى عن الاشعث بن قيس ان رجلا من كنده ورجلا من حضرموت (٢) • اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فى ارض باليمن فقال الحضرمى يارسول الله ارضى اغتصبها هذا وأبوه — فقال الكندى يارسول الله ارضى ورثتها عن ابى فقال الحضرمى يارسول الله استحلفه مايحلم أنها ارضى وارض والدى اغتصبها أبوه ؟ فتهيأ الكندى لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لايقتطع عبد أورجل بيمينه مالا الالقى الله يوم يلقاه وهوا جزم فقال الكندى هى ارضه وارض والده رواه احمد (٣) •

وكذلك ان أتى المدعى بينة غير كامله — كأن يأتى برجل واحد فان صاحب اليد يقدم عليه لقوة القرينة المؤيده له فقد روى أن أمير المؤمنين على بن أبى طالب كرم الله وجهه فقد درعا فوجده تحت يد شخص يهودى فحاكمه لدى قاضيه شريح وجلس بجانبه ثم ادعى بالدرع فانكر اليهودى فطلب القاضى شريح بينة من أمير المؤمنين فأتى بقنبر والحسن فقال له القاضى شهادة الابن لاتجوز للأب — بعد أن قبل شهادة قنبر — وعجز أمير المؤمنين عن احضار شاهد آخر فحكم شريح لليهودى بالدرع فقال اليهودى أمير المؤمنين قدمنى لقاضيه وقاضيه قضى عليه فأشهد أن لاأله الا الله . وأشهد أن محمدا رسول الله وأشهد أن هذا الدين هو الحق وأن الدرع درع أمير المؤمنين • فهذا الحكم مشروط بأن يعجز المدعى عن اقامة البينة على أن الارض موضوع النزاع ملكه وبأن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فان الارض له (٤) • لأن وضع اليد قرينة ظاهرة أو قطعية على أنها له (٥) •

---

(١) الآية ٧٧ من سورة آل عمران — وانظر مخطوط بمكتبه الازهر فى وضع اليد للشيخ حسن العدوى /١ بمكتبه الازهر ١٤٤١/٦٢٢٤١

(٢) حضرموت بلدة باليمن قرب عدن المصباح المنير مادة حضر •

(٣) نيل الاوطار ج٥ ص٣١٩ باب الغصب (٤) راجع المخطوط فى وضع اليد السابق

(٥) رسالة فى أحكام الارض الخراجية لاحد علماء الشافعية ومخطوط بمكتبة الازهر تحت رقم ٢٩٠ مجاميع

وهذا بخلاف ماهو موجود في القانون المدني والروماني حيث جعلا وضع اليد الذي يمضي عليه مدة معينه سببا مستقلا لكسب الملكية[1] ـ فانه يترتب على ذلك أن تصير الغصب حقا ـ والسارق مالكا .

الناحية الثانية : عند وجود البينة :

والكلام على البينة كوسيلة من وسائل الاثبات ـ وشروطها وما يتصل بها له مكان آخر غير هذه الرسالة ولكننا نود أن نبين أن البينة متى كانت مجتهرة شرعا فمتى يؤخذ بها ؟ واليك بيان مذاهب الفقهاء في هذا :

(١) يرى المالكية ـ أن سماع الدعوى والاخذ بالبينة محله اذا لم تمض عشر سنوات على وضع اليد حيث كان الواضع أجنبيا ـ أو اربعون سنة حيث كان قريبا لأن شأن القرابة المودة والعطف فاذا مضت هذه المدة مع علم المدعى يتصرف واضع اليد بهدم أو بناء أو غرس أو قلع ـ ومع عدم عذر يمنعه من المطالبه بحقه فلا تسمع دعواه بعد مضى هذه المده وقد اقر هذه الشروط ولو أتى بأعدل بينة[2] . وتقدم بينة بينت سبب الملك على غيرها وبينة سبق تاريخها على غيرها

(٢) ويرى الشافعيه ـ انه اذا أقام كل منهما بينة فان أرختا واستوتيا في التاريخ قدمت بينة صاحب اليد لترجحها وكذلك اذا كانت بينة المدعى مبينة لسبب الملك فان صاحب اليد مقدم ولا يضره خلو بينة من بيان سبب الملك وفي قول تقدم بينة الخارج أي المدعى وكذلك يقدم صاحب اليد ـ على الخارج ـ اذا كانت بينة الخارج أسبق تاريخا[3] .

(٣) ومذهب الحنفية والحنابلة وابن حزم في ذلك أنه عند تساوى البينات تقدم بينة الخارج أي المدعى فلو تساوت البينات في التاريخ أو في

....

(١) انظر حق الملكية للدكتور عبدالمنعم فرج الصده ص ٣٥٩ ط ثالثه حلبي ـ وكتابين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي حسن أبو طالب ص ١٥٣ (٢) الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤

(٣) مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٨٠ ومابعدها ـ وانظر رسالة الشيخ حسن العدوى .

عدم ذكر سبب الملك أخذ بينة المدعى .

فأما اذا كان تاريخ ذى اليد أسبق قضى له بالملكية[(١)] وعند أبى يوسف تقدم المؤرخه على المطلقة والاسبق تاريخا مطلقا[(٢)] .

وبعد هذا البيان يتضح لنا أن الفقه الاسلامى لم يجعل وضع اليد سببا مكسبا أو مسقطا للملكية بل جعله قرينة على الملكية يمكن اثبات خلافها ولذا تكلم عليها الفقهاء فى الدعوى وطريقة اثباتها[(٣)] .

وعلى ذلك فاذا ادعى واضع اليد الذى الملكية فالقول له وعلى من يخاصم فى الملك البرهان ان صحت دعواه واستوفت شروطها[(٤)] .

....

(١) رسالة الشيخ حسن المدنى فى وضع اليد مخطوط بالازهر والمحلى لابن حزم جـ٩ ص٤٣٦ ط منيريه بند ١٨١١ وحاشيه ابن عابدين جـ٣ ص٣٥٤ ـ ٣٥٦
(٢) الهداية جـ٣ ص١٢٤ ـ ١٢٥
(٣) الملكيه فى الشريعة الاسلامية للشيخ على الخفيف ص ١٦٥ ـ ١٦٨
(٤) رسالة فى حكم الارض الخراجية مخطوطه بمكتبة الازهر مسجله تحت رقم ٢٩٠ مجاميع / ٨٧٩٨ مكتبه الازهر .

الفصل الثاني
من
الباب الثاني

(الهبة)

وفيه مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الهبة وحكمها والدليل عليها

" الثاني : في أركانها وفيه مطالب :

المطلب الأول : في الواهب وشروطه

المطلب الثاني : الموهوب له وشرطه

المطلب الثالث : في الموهوب وشرطه

المطلب الرابع : في الصيغة

" الثالث : اقتضاء الهبة المطلقة للثواب واشتراطه فيها وفيه مطلبان :

المطلب الأول : هل تقتضي الهبة المطلقة ثوابا؟

المطلب الثاني : أثر اشتراط الثواب في العقد

" الرابع : اشتراط القبض في الهبة ومكانته من العقد

" الخامس : في العمرى والرقبى

" السادس : حكم التسوية بين الأولاد في الهبة

" السابع : حق الرجوع في الهبة

المبحث الأول

فى

تعريف الهبة . وحكمها ـ والدليل عليها

أولا : التعريف فى اللغة :

الهبة تطلق فى اللغة على عدة معان منها ـ الابراء ـ وهو هبة الدين ممن هو له الى من هو عليه والصدقه وهى هبة ما يتمحض به طلب ثواب الاخرة ـ والهدية ـ وهى مايكرم به المهدى له . ويشملها جميعا لفظ العطية الا أن بينها وبين بعضها فرقا فان المعطى اذا قصد بعطيته ثواب الاخرة والتقرب الى الله تعالى فهى الصدقة وان قصد بها التقرب الى المعطى واظهار المحبة له فهى الهدية . وهناك فرق آخر بين الصدقة والهدية فالصدقه لاتحل للرسول عليه السلام ولالآل بيته وأما الهدية فانه كان يقبلها (١) .

وأما الهبه بالمعنى الأصطلاحى :

فقد اختلفت تعبيرات الفقهاء فيها ونحن نورد تعريف المذاهب الأربعة الغالبه التداول ثم نختار اكثرها تطابقا على المعنى وموافقة .

التعريف عند الحنابلة : قالوا ان الهبة تمليك عين فى الحياة بغير عوض . فتمليك جنس يشمل كل تمليك سواء أكان تمليك عين أو تمليك منفعة أو انتفاع وسواء أكان فى الحياة أو بعدها وسواء أكان بعوض أم كان بغيرعوض . واضافة عين لتمليك قيد أول خرج به التمليك كالأجارة وانتفاع الموقوف عليه بالعين الموقوفة وخرج به كذلك تمليك الانتفاع بالأبضاع بالنكاح وفى الحياة قيد ثان أخرج التمليك بعد الموت وهو الوصية وبغير عوض قيد ثالث خرج به ما كان بعوض كالبيع والشفعة (٢) .

....

(١) فتح البارى جـ٥ ص ١٤٤ المغنى بن قدامة جـ٦ ص٢٤٦ نيل الاوطار جـ٥ ص ٣٤٥ (٢) راجع المغنى لابن قدامه والشرح الكبيرعليه للمقدس جـ٦ ص٢٤٦

التعريف عند الشافعيه : وعرفها الشافعية بانها تمليك ذات بلا عوض (1) .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير مانع لدخول الوصية فيه .. وجاء هذا نتيجة لأغفال قيد فى الحياة فلابد اذن من زيادته .

التعريف عند المالكية : قال المالكيه هى تمليك ذات بلا عوض بقصد المعطى

ونلاحظ على هذا التعريف أنه زاد قيد بقصد المعطى ليخرج الزكاة لانها بقصد وجه الله تعالى وامتثال أوامره اذ أنه يصدق عليها أنها تمليك ذات بلا عوض كما يلاحظ عليه أنه أغفل قيد فى الحياة مع أنه لابد من ذكره لتخرج به الوصية على أنه يمكن الأجابة عن القيد الذى زادوه وهو بقصد المعطى بأن المستحقين قد ملكوا المال الواجب لهم قبل أداء المالك فاعطاؤه تفريغ لما فى ذمته لاتمليك متبدأ ومما يدل على أن المستحقين ملكوا حقهم قبل أداء المالك أنه بحولان الحول لايجوز للمالك بيع قدر الزكاة (2) (راجع التعريف عند المالكية فى الدسوقى جـ٤ ص٩٧)

التعريف عند الحنفية يعرفها الحنفية هى تمليك المال بلا عوض (3) .

ويرد على هذا التعريف بأنه غير مانع من دخول غيره فيه مثل الوصية والوقف والعارية .

وبالتأمل فى هذه التعاريف يتضح أن تعريف الحنابلة هو أوفاها بالغرض ، وأسلمها من ورود ما ورد على غيره . لذا فنحن نختار تعريفها بما عرفها به الحنابلة .

ثانيا : حكمها :

وحكمها أنها مندوب اليها ومرغوب فى فعلها وهى من أفعال الخير التى حث عليها ربنا عز وجل فى مثل قوله تعالى – وافعلوا الخير لعلكم تفلحون (4) – وحث عليها رسوله صلى الله عليه وسلم بمثل قوله تهادوا تحابوا ولأن التهادى والاتهاب يزيل الأحقاد من النفوس ويغسل القلوب من أدران الغل والحسد

....

(1) حاشية قليوبى و عميره جـ٣ ص١١٠ (2) شرح الاحاديث المختاره من صحيح مسلم بن الحجاج للدكتور عبد الحميد الشاذلى الحلوجى ص٤ الطبعة الثانية (3) جـ٧ ص١١٣ من المبسوط (4) الايه ٧٧ من سورة الحج

وكانت مندوبة ولم تكن واجبة لان الامر وان كان يراد به عند الاطلاق الفرد الكامل وهو الوجوب الا أنه هنا مصروف عن حقيقته : والذى صرفه هنا هو الاجماع على أن من ترك التهادى أو الانهاب لا يلزم ولا يأثم .

ثالثا : الدليل عليها :

وأما الدليل عليها قبل الاجماع فآيات من الكتاب وأحاديث من السنة

فمن الايات قوله تعالى ـ وافعلوا الخير لعلكم تفلحون : . فقد دلت الآية الكريمة على أن كل خير مأمور به والهبة خير لأنها توجد المحبة فى القلوب وتغسل ضغائن النفوس وكل ما كان كذلك كان مأمورا به فالهبة مأمور بها

وقوله تعالى ـ وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الأثم والعدوان ـ حيث أمرت الآية بالتعاون على البر والهبة بر فهى مأمور بها .

ومن السنة : قوله صلى الله عليه وسلم ـ تهادوا تحابوا ـ فقد أمر الرسول عليه السلام بالتهادى الذى هو نوع من الهبة والأمر للندب فتكون الهدية والهبة مندوب اليهما .

وقوله صلى الله عليه وسلم من جاءه من أخيه معروف من غير اشراف ولامسألة فليقبله ولايرده فانما هو رزق ساقه الله اليه رواه احمد(١) فقد دل الحديث على استحباب قبول المعروف الذى منه الهبة .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٤٦

المبحث الثانى

فى

أركان الهبة

وفيه مطالب :

المطلب الأول :

فى الواهب وشروطه وأود أن أشير الى أننى سوف أتكلم على أركان الهبة بما يتصل بموضوع البحث وبما يحقق أن الهبة مصدر من مصادر التملك فقط .

والواهب هو الشخص الذى تصدر عنه الهبة ولاتصح هبته الا اذا توافرت فيه الشروط الآتيه :

(١) أن يكون بالغا . لان غير البالغ ممنوع من التصرفات الضارة به ضررا محضا - ويقصد بها التى لا معاوضه فيها ولايتاح ذلك نقول ان تصرفات من هو دون البلوغ وهو مميز على ثلاثة أقسام - الأول - ما كان نافعا له نفعا محضا مثل قبول الهبة والوصية وهذا ينعقد صحيحا نافذا بعبارته - الثانى - ما كان ضارا به ضررا محضا وهذا لاينعقد وتكون عبارته ملغاة وذلك مثل ايجاب الهبة والوصية الثالث - ما كان مترددا بين الضرر والمنفعة فالراجح أنه صحيح موقوف على اذن الولى أن أذن نفذ والا فلا .(١)

(٢) أن يكون عاقلا - اذ المجنون لاعتداد بعبارته التى ينطق بها حال جنونه فأما اذا كان جنونه متقطعا وعقدها وقت افاقته فانها تصح .

(٣) أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس وهذا الشرط عند جمهور العلماء ماعدا أبا حنيفة .

فانه يرى أن تصرفاته صحيحة ووجهته فى ذلك أنه كامل الاهلية صحيح العبارة فهو حر فى تصرفاته وأن الذى يحاسبه عليها هو الله تعالى وفى الحجر عليه اهدار لكرامته وأهليته الكاملة ومايحدث بالتصرفات انما هو ضرر فى ماله والحجر عليه ضرر فى نفسه وضرر النفس أبلغ من ضرر المال .

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٦٢ طحلبى - الهدايه جـ٣ ص٢٠٤ حلبى

وقد وافق صاحبا أبى حنيفة الجمهور ودليلهم على ذلك قوله تعالى ـ ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا[1] ـ فقد نهت الايه الكريمة عن اعطاء السفيه المال الذى يخصه حتى لايعرضه للتلف وقد تضمن النص الكريم لفته لطيفة تشير الى سبب هذا المنع ـ وهو أن للجماعة فى هذا المال حقا واتلافه ينعكس أثره على الجماعة ويؤثر فى كيانها الاقتصادى .

وقوله تعالى ـ فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل[2] . فقد عين القرآن الكريم للسفيه وليا فدل ذلك على منعه من التصرف خصوصا اذا كان التصرف مضرا به ضررا محققا .

(٤) أن يكون مختارا فاذا أكره انسان على أن يهب شيئا من ماله فان عبارته والحالة هذه لايترتب عليها حكم شرعى لسلب أهلية التصرف عنه ولانتفاء قصده لترتب أثر على هذا اللفظ ولقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ج .

هذا رأى جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية فانهم ـ وان كانوا يوافقون الفقهاء فى النتيجة وهى عدم ترتيب أثر على عبارته الا أنهم يرون أن العقد ينعقد مع الاكراه موقوفا على اجازة المتعاقدين حال عدم السفه والاختيار[3] .

(٥) أن يكون حرا لان العبد لايملك والهبة فرع الملك فأما اذا أذن له سيده فى الهبة كان له ذلك نيابة عنه .

(٦) أن يكون مالكا للموهوب قياسا على البيع اذ أن كلا منهما تصرف أساسه الملك وهبة الفضولى باطلة بخلاف بيعه وكذا وقفه لان فى البيع معاوضة بخلافهما[4] ولايمنع من صحة الهبة أن يكون الموهوب مغصوبا فانه تجوز هبته لمغتصبه أو لغيره اذا كان يمكنه استخلاصه اذ الشرط أن يكون الموهوب مقدورا على تسلمه .

....

(١) الايه ٥ من سورة النساء (٢) الايه ٢٨٢ من سورة البقره

(٣) راجع حاشية بن عابدين جـ ٤ ص ٤ (٤) الشرح الكبير للدسوقى جـ ٤ ص ٩٨

الموهوب لـه وشروطـه :

الموهوب لـه هو الشخص الذى يقبل الهبة من الواهـب .

وشروطه أن تكون عنده أهلية التملك لما يوهب لـه فلا تصح الهبة لجماد ولاحيوان ولا لحمل ولا لعبد لانـه لا يملك وتكون لسيده وتصح لصبي ويقبـل لـه وليـه .

المطلب الثانـى : الموهوب وشـروطـه .

الموهوب هو المحل الذى يقع عليه العقد . ويشترط فيه مايأتـى :

(١) أن يكون موجودا فلا تصح هبة المعدوم اذ الهبة تمليك والتمليك يقتضى متملكا والمعدوم يستحيل تملكـه وقياسا على البيع فانه يقتضى مبيعا فكذلك الهبـة .

(٢) وأن يكون معلوما فلا تصح هبة المجهول وهذا الشرط ليس محل اتفاق فقد خالف فيـه المالكية حيث قالوا بصحة هبة المجهول لأنـه تبرع فصح بالمجهول قياسا على النذر والوصيـة (١) .

ووجه الجمهور ـ قياس الهبة على البيع بجامع أن كلا منهما عقد لا يصـح تعليقه على شرط فلم يصح فى المجهول بخلاف النذر والوصيـة (٢) .

والراجح ماذهب اليه المالكية حيث ان قياس الهبة على النذر والوصية أولى من قياسها على البيع لان البيع عقد معاوضه يتوقف على الايجاب والقبول باتفـاق والهبـة ليست كذلك .

(٣) وأن يكون مقدورا على تسليمه وهذا الشرط مبنى على القول باشتراط القبض لصحة الهبة فمن شرطه كالحنابلة والحنفية والشافعية شرط القدرة علـى التسليم ومن لم يشترطـه كالمالكية لم يشترط القدرة على التسليم وسيأتـى القول فى اشتراط القبض فى مبحث مستقل ان شاء الله تعالى وعلى القول باشتراط القدرة على التسليم انه لو وهب المغصوب لغاصبه أو لغيره وأذن له فى قبضـه أو اقباضـه صح (٣) .

....

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٩٩ (٢) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٥٦ الحلبى

(٣) الشرح الكبير للمقدسى جـ٦ ص٢٦٣

(٤) وأن يكون مملوكا للواهب فلا تصح هبة الفضولى (١) . وهو شخص له أهلية ليتولى العقد الذى انشاه فعبارته فيه صحيحه معتبرة ينعقد بها العقد لكنه لا يملك هذا التصرف لغيره لفقدانه الولاية عليه (٢) .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم عقده على رأيين الأول يرى أن عقده باطل مطلقا سواء أكان عقد معاوضة أو عقد تبرع واليه ذهب الشافعى ورواية عن احمد ووتوجيههم لذلك أن الفضولى ليس صاحب شأن ولا نائبا عنه والولاية شرط لانعقاد العقد نفسه لا لنفاذه .

والرأى الثانى : يفرق بين المعاوضات والتبرعات فيجيز عقده فى الأول ولا يجيزه فى الثانى . وتوجيههم لذلك أن هذا التصرف قد ينتج للمعقود له فائدة وربما ندم على ضياعها وفواتها عليه وحينئذ فله أن يجيزه فان وجد غير ذلك رفض اجازته من غير أن يلحقه أى ضرر . وهذا المعنى لا يتحقق فى التبرعات اذ انها تضر بالمال ضررا محققا .

لعدم المعاوضة فيها ـ فلذا أجيز عقده فى الأول دون الثانى والى هذا الرأى ذهب الحنفية والراويه الاخرى عن الحنابلة .

والراجح عند المالكية. ونحن نميل الى ما ذهب اليه الاحناف ومن اليهم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام (٣) . وأمره أن يشترى له أضحيه فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة للرسول صلى الله عليه وسلم فدعا له بالبركه وقال بارك الله فى صفقة يمينك وما كان حكيم هذا بمأمور بالبيع فلو لم ينعقد تصرفه صحيحا لما باع ولما دعا له الرسول ولانكر عليه فعله (٤) .

(٥) وأن لا تجاوز الثلث اذا كانت الهبة صادرة من مريض مرض موت الا أن يجيز الورثة أو بعضهم فتصح فيما أجيز بحسب ما يكون من الكل أو البعض وهذا قول عامة العلماء ماعدا الظاهريه فانهم لا يفرقون بين تصرفات الصحيح والمريض . وقد احتجوا لما ذهبوا اليه بما يلى من الكتاب .

....

(١)

(٢) الفضل فى اللغة الزيادة والفضولى هو المشتغل بما لا يعنيه (٣) وهو ابن أخى السيده خديجه بنت خويلد زوج الرسول عليه السلام أسلم يوم الفتح وأسلم معه أولاده (٤) راجع بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٤٨ ومابعدها .

(١) قال الله تعالى . وافعلوا الخير لعلكم تفلحون . ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر بفعل الخير والامر عام للصحيح والمريض .

(٢) وقوله تعالى وأحل الله البيع . فقد جعل الله البيع حلالا لكل الناس دون تفرقة بين انسان وانسان .

(٣) وقوله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم فهو خطاب عام للجميع كذلك .

قال ابن حزم بعد أن ذكر هذه الآيات (ولم يخص عزوجل صحيحا من مريض ولا حاملا من حائل ولا آمنا من خائف ولا مقيما من مسافر وما كان ربك نسيا ولو أراد الله تعالى تخصيص شيء من ذلك لبينه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا لم يفعل فنحن نشهد بشهادة الله عزوجل الصادقة انه تعالى ما أراد قط تخصيص احد ممن ذكرنا[1] .

وكذلك قوله تعالى . وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت الخ . حيث أمر بالانفاق من غير تحديد والتحديد زيادة على النص فلا يقبل .

وقد استدل الجمهور على ما ذهبوا اليه بما يلى من السنة .

(١) بما روى عن أبى زيد الانصارى أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم . فأقرع بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين وأرق أربعة .

ووجه الدلالة أن الرسول عليه السلام رد تصرف المعتق فيما زاد على الثلث ولو كان تصرفا صحيحا شرعا ما رده الرسول عليه السلام لكن الرسول رده فدل ذلك على بطلان تصرفه لانه تصرف فيما لا يملكه .

(٢) بقول النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم[2] .

فقد دل الحديث على أن المال عند الوفاة ليس خاصا بصاحبه بل فيه حق للورثة وأن الله تعالى قد تصدق بثلث هذا المال على من قارب أن يفارق الحياة زيادة فى أعماله وهذا يشعر بخروج المال كلية عن حيازته أو هو بسبيل ذلك الا ما استثناه الله وهو الثلث .

....

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٤٨ (٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٨ ، ٤١

(٣) ماروى عن أبى بكر رضى الله عنه عن عائشة رضى الله عنها أنه نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال لها انى كنت نحلتك جاد عشرين وسقا من مالى بالغابة فلو كنت جددتيه كان لك . وانما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله تعالى . فقد دل هذا الخبر على أن مال المورث فى مرض موته ليس خالصا له بل هو حق الورثة . يؤيد ذلك ماروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة ؟ فقال أن تصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى ولاتمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا الا وقد كان لفلان فهذا الخبر صريح فى أن المال قبيل الوفاة يصير الى الورثة الا ما استثنى بالحديث الثانى .

وبالنظر فى أدلة الفريقين تتبين بوضوح لاخفاء فيه أن الراجح هو ماذهب اليه الجمهور وأن الأدلة التى استدل بها لابن حزم ومن معه هى أدلة عامة مخصصة بما ذكره الجمهور اذ السنة تخصص الكتاب على قول جمهور العلماء واذا كانت الشريعة الغراء ترفع يد السفيه والمفلس عن مالهما لحق الجماعة فأولى أن تفيد يد من أصبحت حاجته الى المال أقل من حاجة وارثيه وحينئذ فيكفى سد مافاته وجبر من عجز الخلل الذى طرأ على حياته بالثلث .

المطلب الثالث : الصيغة :

الأساس فى العقود هو التراضى من طرفى التعاقد والتراضى أمر نفسى خفى ولايعرف الا بما يظهره من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون ايجابا وقبولا ويطلق عليه صيغة العقد وعلى ذلك يمكن أن نقول ان صيغة العقد هى مايظهر به التراضى من لفظ أو ما يقوم مقامه . وعلى ذلك لو عزم شخص على الشراء أو البيع أو الهبة أو الوقف من غير أن يعبر عن هذا العزم وتلك الارادة بما يظهرها ويوضح مضمونها فانه لايكون لهذا العزم أى أثر ولابد من توافق الايجاب والقبول والاساس فى اظهار التراضى هو اللفظ لان اللسان خلقه الله ليعبر عن الجنان والعبارة هى الاصل فى كشف المقاصد واظهار الرغبات وهى الطريق الطبيعى للتفاهم بين الناس .

فالعقد يتم وينعقد بتلفظ طرفيه بالايجاب والقبول بلغة التخاطب المفهومة لهما مباشرة أو بالواسطة الدالة على ارادة كل منهما دلالة واضحة ويستوى فى هذا المعنى كل العقود . ماعدا عقد الزواج فقد اختلف فيه فقال الشافعيه والحنابلة وبعض الفقهاء من المالكية ان عقد الزواج فيه معنى التعبد وأوجبوا لانعقاد ، استعمال لفظى نكح وزوج وما يشتق منهما . وزاد المالكية والحنابلة واجازته بلفظ الهبه (١) .

وقال الحنفيه . ان العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى ولذا فانه ينعقد بأى لفظ يدل على تمليك الأعيان فى الحال بعوض أو بغير عوض مادام يفيد الدوام ولا يفيد التأقيت أو الاباحه (٢) . ولا مجال هنا لبيان أى الاتجاهين أولى بالقبول

التعاقد بالكتابة :

وكما يجوز التعاقد بالعبارة يجوز كذلك بالكتابة لانها السبيل الثانى الذى يقطع فى الدلالة على الارادة .

فهى تصلح أداة للتعاقد سواء أكان المتعاقدان قادرين على اللفظ أم لا . وقالوا ان جميع العقود فى ذلك سواء الا عقد الزواج فلم يجيزوه بالكتابة عند التمكن من التلفظ لاشتراط الاشهاد والرغبة فى الأشهار وزيادة فى الاحتياط وحظر مايترتب عليه من الآثار التى تتعلق بالانساب والأعراض (٣) .

التعاقد بالاشارة :

يصح عقد الهبة بالاشارة لغير القادر عليها اذا كانت مفهمه هذا باتفاق الفقهاء الا أن الاحناف قد اشترطوا فى قبولها أن يولد أخرسا فأما اذا طرأ عليه الخرس فلا تعتبر اشارته فى التعاقد عموما الا اذا دام الخرس حتى يقع اليأس من كلامه .

فأما اذا كان قادرا على النطق فانها لا تنعقد لانها مهما قويت لا ترقى الى درجة اليقين ولانها تكون محل ريبه وشك لانه اذا كان جادا فما الذى يمنعه عن النطق بها ؟

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٣٥ وانظر كشاف القناع جـ٣ ص فى باب النكاح
(٢) الفقه الاسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٣٨ (٣) المرجع السابق ص٣٨٢

وقد خالف فى ذلك المالكية حيث قالوا ان الاشارة المفهمة تعتبر من القادر على النطق ووجهوا ذلك فقالوا ان التعاقد بالاشارة أولى من التعاقد بالافعال التى أجازها المانعون . لان الاشارة يطلق عليها أنها كلام . قال تعالى قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثه أيام الا رمزا (١) . والرمز هو الاشارة ونحن نختار انعقادها بالاشارة المفهمة المتعارف عليها لان المدار على اظهار الارادة والتراضى بين المتعاقدين فاذا اصطلح العرف على استبانه بعض المقاصد بالاشارة وجب اعتبارها .

المتعاقد بالافعال :

يرى صحة التعاقد فى الهبة وغيرها بالفعل والمعاطاه اذا تعارف الناس ذلك الأئمة الثلاثة ماعدا الشافعيه وسواء فى ذلك الاشياء التافهه والاشياء النفيسه ومثاله أن يعرض أحد التجار بضاعته ويحدد ثمنها فتأخذ الشيء وتدفع ثمنه المحدد . كأن تأخذ الصحيفة وتدفع ثمنها للبائع وانت تمضى من غير أن يحصل بينكما ايجاب وقبول وأما فى الهبة فيمكن أن يتصور بما يحدث من توزيع الجوائز على المتفوقين من غير أن يحصل ايجاب أو قبول .

فأما الشافعيه فانهم يجيزون المعاطاه فى الاشياء التافهة وحدها . ولعل هذا القول يناسب موضوعنا اذ أن موضوعنا هو هبة الارض وهذه لايتأتى فيها الهبة بالاشارة ولا بالافعال وأرى أن يكون ذلك فى التافه بل فى المنقول دون العقار وهذا مايدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم وفعله فانه كان يركب بعيرا لعمر بن الخطاب فقال عليه السلام لعمر بعينه فقال هولك يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام هولك ياعبد الله فاصنع به ماشئت ولم ينقل قبول من الرسول عليه السلام من عمر ولاقبول من ابن عمر من النبى صلى الله عليه وسلم فلوكان القبول شرطا لفعله النبى وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله .

....

(١) الايه من سورة آل عمران رقم ٤١ — وانظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٥٣٤ ومواهب الجليل جـ٤ ص ٢٢٩

وقد كان عليه السلام يهدى ويهدى اليه ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم فى ذلك ايجاب ولا قبول (١) .

الهبة المعلقه على شرط والتى صاحبها شرط :

اذا علقت الهبة على شرط لم تكن هبة ولكنها تكون وعدا بالهبة للواهب أن يفى به أو لا يفى به .

وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة ان رجعت هديتنا الى النجاشى فهى لك . وذلك حين تزوجها قال لها انى قد اهديت الى النجاشى حلة وأواقى من مسك ولا أرى النجاشى الا قد مات ولا أرى هديتى الا مردودة فان ردت فهى لك قالت وكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحله رواه احمد (٢) .

فلو كانت الهبة المعلقة ماضية لاتنقل ملكها اليها وما أعطى الرسول منها أحدا غيرها شيئا .

ولا يجوز اقترانها بشرط ينافى مقتضاها نحو أن يشترط الواهب على الموهوب له أن لايبيعها أو لا يهبها أو على أن لا يهب فلانا فانها تكون باطلة لانها تمليك فى الحياة فلم يجز اشتراط ما ينافى مقتضاها كالبيع .

....

(١) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ٢٥٢
(٢) نيل الاوطار جـ٥ ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧ ـ والمرجع السابق

المبحث الثالث

اقتضاء الهبة المطلقة الثواب وأثر اشتراطه على العقد

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : هل تقتضى الهبة المطلقه ثوابا ؟

عقد الهبة اما أن يكون مطلقا عن ذكرا لثواب أو يكون الثواب قد اشترط فيه فان كان مطلقا فهل يقتضى ثوابا أم لا ؟

اتفق الفقهاء على أن الهبة المطلقة عن شرط الثواب اذا كانت من الأعلى للأدنى أو من النظير للنظير فانها لاتقتضى ثوابا . فأما اذا كانت من الأدنى للأعلى . فانهم اختلفوا فى ذلك على قولين :

الأول : ذهب الى أنها لاتقتضى ثوابا واليه ذهب الحنفيه والحنابلة .

والثانى : أنها تقتضى ثوابا واليه ذهب المالكية والشافعيه وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نورها فيما يلى :

أولا : أدلة القول الأول :

وقد استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والسنة والمعقول .

أولا : الكتاب :

قال تعالى ـ ولاتمنن تستكثر .(1)

ووجه الدلالة من الآيه أن الله قد نهى عن اعطاء المال رجاء الأثابه عليه والنهى يقتضى التحريم حيث لا قرينة صارفه عنه الى غيره والآيه فى الهبة على ما قاله عكرمه حيث قال لاتعط شيئا لتعطى أكثر منه وقال لاتعط مالا مصانعة رجاء أفضل منه من الثواب من الدنيا .

....

(1) الآيه ٥ من سورة المدثر

(٢) وقال تعالى ـ وما آتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله (١) .

ووجه الدلالة على ما قاله بعض المفسرين أن ما أعطيت من شئ تريد به عرض الدنيا أو تثاب عليه لم يصعد الى الله منه شئ وعن سعيد بن جبير فى الآيه المذكوره قال يعطى العطية ليثيبه عليها فقد دلت الآية الكريمة على أن العطية التى منها الهبة ـ رجاء الثواب لا أجر لها ويحبط الله ثوابها ولا يرضى عنها واذا كانت كذلك لم تكن هبة شرعيه بل تكون عملا لا يرضاه الشارع و ينهى عنه فلا تكون العطية على هذا النحو هبة ولا تعطى أحكامها .

ثانيا : بالقياس :

حيث قاسوا الهبة على الوصية والاعارة فكما أن كلا منهما لا يلزم الموصى له أو المستعير شيئا للموصى أو المعير فكذلك الهبة لا توجب شيئا للواهب قبل الموهوب له بجامع التبرع فى كل .

ثالثا : بالمعقول :

فقالوا ان الهبة لا تنعقد بيعا بلفظ الهبة لانها تكون بيعا بثمن مجهول ولأن موضوع الهبة التبرع فلو أجزناه لكان فى معنى المعاوضه مع أن الشارع قد فرق بين البيع والهبة فما استحق عليه العوض أطلق عليه لفظ البيع بخلاف الهبة (٢) .

أدلة الرأى الثانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا اليه بما يلى من السنة .

(١) بما روى عن عائشه رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهديه ويثيب عليها .

والوجه منه وقوع هذا العمل منه ومواظبته على اثابة المهدى دليل على اقتضاء الهبة الثواب .

....

(١) الآية ٣٨ من سورة الروم .

(٢) فتح البارى جـ ٥ ص ١٥٤ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٤

(٢) واستدلوا كذلك بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل أحق بهبته مالم يثب منها.

والوجه منه أن الرسول عليه السلام قد جعل الهبة من حق الواهب فلا تتم ولا يتملكها الموهوب له ما لم يثب الواهب عليها ومن حقه أن يرجع فيها فدل ذلك على أن الهبة تقتضى المثوبة عليها.

(٣) وعن ابن عباس رضى الله عنه أن أعرابيا وهب للنبى صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها قال رضيت ؟ قال لا فزاده قال أرضيت ؟ قال لا فزاده قال أرضيت ؟ قال نعم فقال النبى صلى الله عليه وسلم لقد هممت ألا أتهب هبة الا من قرشى أو انصارى أو ثقفى رواه احمد (١).

فقد دل الخبر على أن الرسول قد أثاب على الهبة رغم تعنت الأعرابى ورغم هذا أصر الرسول على اثابته بما يرضيه. فدل ذلك على أن الهبة تقتضى ثوابا.

المناقشه :

أولا : مناقشه أدلة الرأى الأول :

(أ) يرد استدلالهم بالآية الأولى بأنها فى غير محل النزاع لانها خاصة بالرسول عليه السلام لأنه مأمور بأشرف الاداب وأجل الاخلاق وقد أبيح مثل هذا لامته والى هذا ذهب مجاهد والضحاك (٢).

(. ويرد هنا الايراد بأن الاصل عدم الخصوصية الا اذا قام الدليل عليها ولا دليل خصوصا وأن فى الآيه تأويلات متعدده.

(ب) ويرد على الآية الثانية : أنها خارجة عن محل النزاع كذلك اذ هى فى موضوع الربا لا فيما نحن فيه.

ويرد هذا الايراد كذلك بأنها وان كانت فى موضوع الربا الا أنها تتناول الهبة اذا قصد الواهب الحصول على مقابل لها أكثر منها.

....

(١) راجع نيل الاوطار جـ٥ ص٥ ومابعدها

(٢) القرطبى سوره المدثر ص٦٨٥٩ مطبعة دار الشعب

(جـ) ولئن سلم أنهما فى موضع النزاع فهما عامتان تخصصهما الأحاديث التى استدل بها المجيزون فكونا خاصين بما عدا الهبة للنص عليها .

ويرد هذا بأن :: الاحاديث التى أوردها المجيزون أخبار آحاد لاتنهض مخصصا لعام الكتاب ولامقيد المطلقة .

(د) ورد القياس - قياس الهبة على العارية بأنه قياس مع الفارق اذ أن الهبة قد اشترط فيها القبض بخلاف العاريه فانها تتم بدونه وما استوفى منها لارجوع فيه اتفاقا بخلاف الهبة .

ثانيا : مناقشة أدلة الرأى الثانى :

(أ) يرد على حديث عائشة أنه لا يدل على أكثر من الأخبار بأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يثيب على الهبة وهذا يفيد الجواز ونحن لاننكره بل هو من الافعال الحسنة وهو فى غير محل النزاع اذ محل النزاع ايجاب الثواب وعدم ايجابه .

(ب) ووردت على حديث أبى هريرة مناقشتان الأولى - أنه من طريق ابراهيم بن اسماعيل بن مجمع وهو ضعيف (1) . والثانيه - أن فى سنده عمرو بن دينار وليس له سماع أصلا من أبى هريرة لأنه كان فى وقت لايصلح فيه لتحمل الرواية لان أعلا من عنده كان بعد السبعين كابن عباس وابن عمر وابن الزبير ومات أبو هريرة قبل الستين (2) .

(جـ) ويرد على حديث ابن عباس - أن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب حتى ولو تحت المواهبه .. وقصارى مايدل عليه هو الجواز ولاخلاف فيه كما سبق فهو اذن فى غير محل النزاع .

(د) ويتوجه اليها جميعا أنها تدل على الاثابة على الهبة مطلقا حيث وقعت سواء كانت من الأعلى للأدنى أو من الأدنى للأعلى أو للمساوى والاتفاق قائم بيننا وبينكم على أنها لاتقتضى ثوابا اذا كانت من الأعلى للأدنى أو من

....

(1) انظر المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١٣١ (2) المرجع السابق

النظير لنظيره • ومحل الخلاف فيما اذا كانت من الأدنى للأعلى • ولا دليل عليه بخصوصه فيما ذكرتم من الأدلة •

الترجيح :

وبالنظر فى أدلة الفريقين نرى أن ماورد على أدلة المذهب الأول قد أمكن رده وسلمت من المعارضة أما ما ورد على أدله المذهب الثانى فان أقصى مايدل عليه هو الجواز ولاينازع فى ذلك أحد بل هو من الأمور المستحسنه التى تدعو اليها محاسن الاخلاق فأما دلالتها على الوجوب فهو كما رأيت لم تنهض الأدلة على اثباته لذا فنحن نختار ما ترجح دليله وسلم وهو الرأى الاول القائل بعدم وجوب الأثابه على الهبة • فان القول الثانى يؤدى الى اخراج اللفظ عن مدلوله الذى هو التبرع الى المعاوضه •

المطلب الثانى : اشتراط الثواب فى العقد :

بعد أن أنتهى الكلام على اقتضاء الهبة المطلقه الثواب ومذاهب العلماء فيه نتكلم بعد ذلك على حكم الهبة اذا اشترط الثواب فى عقدها • فنقول اختلفت كلمة الفقهاء فى صحة الهبة اذا اشترط فيها الثواب وسبب اختلافهم • هل الهبة تعتبر بيعا اذا شرط فيها الثواب أم لا تعتبر كذلك ؟ فمن قال انها بيع قال بصحتها اذا وقعت بمعلوم ومن قال انها ليست ببيع قال بعدم الصحة •

وقد اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يقول انها باطلة مطلقا سواء كان الثواب معلوما أو مجهولا واليه ذهب الظاهرية وقول عند الشافعية ورواية عن احمد •

المذهب الثانى : أنها صحيحة مطلقا واليه ذهب المالكية ورواية عند الحنابلة •

المذهب الثالث : فصل فقال اذا كان الثواب معلوما فانها تكون صحيحة واذا كان مجهولا فلا تصح •، وهو قول الحنفية والقول الثانى عند الشافعية

الأدلة :

أولا : أدلة المذهب الأول :

استدلوا بالكتاب والمعقول :

(أ) فأما الكتاب :

فقوله تعالى . ولاتمن تستكثر[1] . وقوله . وماآتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله . وهى فى الهبة على ما مرفيها وقد علمنا فى المطلب الاول أنها دليل على بطلان الثواب فى الهبة المطلقه فلا يدل على بطلانه مع الاشتراط أولى لان اشتراط الثواب فى الهبة بيع فى المعنى واشتراط الثواب فى العقد يؤدى الى اجتماع بيع وشرط واجتماع البيع مع الشرط منهى عنه والنهى يقتضى الفساد .

(ب) وأما المعقول :

فان لفظ الهبة موضوع للتبرع وعرف بذلك لغة وعرفا واشتراط الثواب فيه ينافى معنى التبرع ويناقضه فيكون العقد قد اشتمل على الضدين وهما التبرع والمعاوضه وعقد هذا شأنه يكون باطلا .

ثانيا : أدلة المذهب الثانى : واستدل أصحاب المذهب الثانى القائل بالصحة مطلقا بما يلى من السنة والمعقول :

(أ) السنة :

استدلوا من السنة بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم[2] .

ووجه الدلالة أن الرسول عليه السلام قد أخبر أنه يجب على المسلم أن يوفى بما شرط من شروط التزم بها عملا بقوله تعالى . ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . وبقوله تعالى ولاتبطلوا أعمالكم فالعا قد الذى شرط ثوابا فى عقد الهبة يجب عليه أن يفى به سواء أكان معلوما أم مجهولا كما دل على ذلك الحديث .

(ب) المعقول :

قالوا اذا كان التراضى قد حصل ثمرة للايجاب والقبول الذى تم بين الطرفين صح العقد فاذا رضى الموهوب له بما شرط وأداه للواهب فانه يصح .

....

(١) انظر المحلى جـ٩ ص١١٨ (٢) نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٥٤

ثالثا : أدلة المذهب الثالث :

وقال المفصلون ان الثواب اذا كان معلوما فانها تصح وتكون فى معنى البيع وقياسا عليه لان كلا من الهبة والبيع عقد ناقل للملك . فاما اذا كان مجهولا فانها لاتصح بيعا لجهالة العوض ولاتصح هبة لانها لاتقتضيه وعلى ذلك فاذا قبضها الموهوب وقلنا بالفساد وجب عليه ردها مع نمائها وان تلفت عنده رد قيمتها لانها باقية على ملك الواهب ولم تدخل فى ملك الموهوب له القبض لانه قبض فاسد فما بنى عليه يكون فاسدا (١) .

المناقشة :

أولا : مناقشة أدلة المذهب الأول . وقد نوقشت أدلة المذهب الأول على النحو التالى :

(أ) نوقشت الآيتان بأنهما عامتان فى كل أنواع الهبة والصدقة وغيرهما من أنواع العطايا مخصوصتان بالحديث وهو المسلمون عند شروطهم ويكون المعنى لاتعط عطاء تطلب به ثوابا فى الصدقة والوصية والهبة المطلقة فأما الهبة التى اشترط فى عقدها الثواب فانها لاتدخل تحت هذا العموم بل تخرج بالحديث كما أنه يمكن أن يقال أنها تخرج بالقياس عند من يرى ذلك وهو قياس الهبة على البيع .

وقد ردت هذه المناقشه بأن الحديث مطعون فيه من ناحية سنده اذ هو من رواية كثير بن زيد وهو ساقط أو مرسل (٢) . وعلى فرض التسليم بصحته فان الشرط الذى يلتزم المسلم به هو الشرط الذى لايتعارض مع المقررات الشرعيه واشتراط الثواب فى الهبة يخرجها عن كونها هبة ويبطلها فلا يكون جائزا لانه ينافى مقتضاها .

(ب) مناقشة أدلة المذهب الثانى :

(١) يرد عليهم فى الحديث ما سبق قريبا من أن أنه من رواية كثير بن زيد وهو ساقط أو مرسل وحتى على فرض الصحة فان الشرط الذى يلتزم به المسلم

....

(١) انظر المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٩٩ ـ مغنى المحتاج شرح المنهاج جـ٢ ص٤٠٥ (٢) انظر الملحى المحلى لابن حزم جـ٩ ص١١٩

يجب أن لا يحل حراما ولا يحرم حلالا . كما جاء فى بقية الروايه المسلمون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما[1] . ولا شك أن الهبة مندوب اليها واشتراط الثواب فيها يخرجها عن مدلولها فيكون ابطالا لها فيكون منهيا عنه ولقد فرق الشرع والعرف بين البيع والهبة فما اقتضى العوض أطلق عليه البيع وماليس كذلك فهو عقد تبرع ومنه الهبة[2] .

(٢) ويرد عليهم فيما قالوا من المعقول . بأن عقد الهبة عقد تبرع والواهب حر فى بادئ الأمر أن يهب أو لا يهب فاذا وهب وجب عليه أن يلتزم مدلول الهبة فلا يشترط ثوابا اذ هى لاتقتضيه بأصل وضعها فأما اذا أراد المعاوضة فأمامه عقود المعاوضة الأخرى وهى غير الهبة .

(ج) مناقشة أدلة المفصلين :

ويرد على هؤلاء أن المفصلين فى العوض بين كونه معلوما أو مجهولا انما محل ذلك البيع . وانعقاد البيع بلفظ الهبة وعدم انعقاده به محل بحثه فى البيع وهل يكون من باب الكناية أو من باب الصريح فيه فأما تشريع الهبة فهو نظام قائم بنفسه ومستقل عن المعاوضات واشتراط العوض فيه مطلقا ينافى مقتضاه كما وضح مما سبق فيكون باطلا .

المختار :

وبالنظر فى الأدلة . وماورد عليها من مناقشه يتضح لنا أن المذهب الاول هو أولاها بالقبول لانه يتمشى مع مدلول لفظ الهبة وضعا وعرفا وشرعا ويفصل بوضوح بين الهبة والبيع لذا فنحن نختاره ونرجحه على ماعداه والله أعلم .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٥٤ فى كتاب الصلح .

(٢) انظر فتح البارى جـ ٥ ص ١٥٤ ط حلبى

المبحث الرابع

اشتراط القبض في الهبة ومكانته من العقد

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في الهبة على ثلاثة مذاهب :

(١) المذهب الأول : يرى أن القبض شرط للزوم الهبة وأنها قبل القبض غير لازمة يجوز للواهب أن يرجع فيها واليه ذهب الحنفية والشافعيه ورواية عن احمد وهو قول الثوري (١) • وقول عند المالكية •

(٢) المذهب الثاني : أن الهبة تصح بالعقد ويجبر الواهب على التسليم ان كان الموهوب له أجنبيا أو ولدا له كبيرا فاما الصغير فان وليه يجوز له التسليم عنده شرط لتمامها • وهو المشهور عند المالكية (٢) •

(٣) المذهب الثالث : يرى أن الهبة تنعقد باللفظ وحده ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها ولا تبطلها حيازة الواهب لها واليه ذهب الظاهرية ورواية عند الحنابلة وأبي ثور (٣) •

ولكل من المذاهب الثلاثة أدلة نوردها على الوجه التالي :

أولا : أدلة المذهب الأول الذي يرى أن القبض شرط للزوم الهبة :

(١) استدلوا بما روى من طريق شعبة عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه قال • لما نزلت الهاكم التكاثر • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ابن آدم مالي مالي • وهل لك يابن آدم من مالك الا ما أكلت فافنيت أو لبست فابليت أو أعطيت فامضيت •

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم شرط في العطيه التي منها الهبة ـ الأمضاء والامضاء هو الأقباض (٤) •

....

(١) الهدايه جـ٣ ص١٦٤ ومغني المحتاج جـ٢ ص٤٠٠ بداية المجتهد جـ٢ ص٣٢٤ المغني لابن قدامه جـ٦ ص٢٥١) (٢) الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص١٠١

(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٢ والمغني المرجع السابق (٤) المحلى المرجع السابق

(٢) ماروى عن عائشة رضى الله عنها أن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال يابنية انى كنت نحلتك جاد عشرين وسقا • ولو كنت جددته واحتزته كان لك وانما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله (١) رواه مالك فى الموطأ •

ووجه الدلالة من الخبر أن أبا بكر علق تملك عائشه رضى الله عنهما على الجد والحيازه فدل ذلك على أن الحيازة التى هى القبض شرط للزوم الهبة • وأن المال مازال على ملكه وهو بعد وفاته صائر الى الورثة •

(٣) ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال • مابال رجال ينحلون نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالى بيدى لم أعطه أحدا وان مات قال لابنى قدكنت أعطيته اياه • ثم قال لانحل الا لمن حازه وقبضه عن أبيه (٢)

فهذا الأثر واضح الدلالة على أن الحيازة التى هو القبض شرط للزوم الهبة وأنها بدونه غير لازمه •

(٤) واستدلوا كذلك بالقياس حيث قالوا ان الهبة كالعاريه اذ كل منهما تبرع والعاريه لاتلتزم الا بالقبض فكذلك الهبة •

ثانيا : أدلة المذهب الثانى • واستدل القائلون بأنها تلزم بالعقد ويجبر الواهب على التسليم للأجنبى وللابن الكبير ودعواهم ذات شقين •

الأول – لزومها بالعقد الثانى – اجبار الواهب على التسليم

وقد استدلوا على الشق الاول للدعوى بمايلى :

(١) بعموم قوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه (٣) •

ووجه الدلالة منه أن الهبة لولم تلزم بالعقد بأن كانت متوقفه على القبض لكان للواهب أن يرجع والرجوع منهى عنه اذ العود الى القئ منهى عنه •

(٢) بالقياس حيث قاسوا الهبة على البيع بجامع أن كلا منهما عقد ناقل للملك • فكما أن البيع لايتوقف صحته على القبض فكذلك الهبه (٤) •

....

(١) انظر نيل الاوطار ج ٥ ص ٣٤٩ (٢) المحلى لابن حزم ص ١٢١

(٣) نيل الاوطار ج ٦ ص ٩ – ١٠ (٤) راجع المحلى لابن حزم ج ٩ باب الهبة

فى الحديث على أن القبض أو الاقباض شرط (١) .

(٢) ونوقش استدلالهم بما روى عن أبى بكر وعمر (٢) بأن هذا قول صحابى . وأقوال الصحابه ليست حجة فيما اختلف فيه . (ب) وعلى فرض التسليم بصحة ... الاحتجاج بها فيقال فيما ورد عن عائشة رضى الله عنها ان ماصدر عن أبى بكر كان عدة بالهبة ولم يكن هبة ماضية والعدة صاحبها فى حل من أن يفى أو لا يفى من غير أن يترتب على ذلك ارتكاب محظور وعلى فرض التسليم أنها كانت هبة ماضية وليست عدة فقد ورد هذا الأثر بأصح مما روى ها هنا بما يفيد أن أبا بكر طلب تنازلها عنها وقامت هى بتلبيه طلبه فقد روى أنه قال لها يابنية انى تملكت نخلا من خيبر وانى أخاف أن أكون أثرتك على ولدى وانك لم تكونى اخترتنيه فرديه على ولدى فقالت ياأبتاه لو كانت لى خيبر بجدادها لرددتها فهذا الخبر يدل على أن عائشه رضى الله عنها كانت تملك هذه الهبة بدليل أن أبا بكر طلب منها أن تردها فلو لم تكن تملكها لكان طلب أبى بكر لامعنى له . ثم انها قد أجابت طلبه ونزلت على رغبته فتنازلت عنه بل بالغت فى ارضاء والدها وأخبرته أنه لو كانت لها خيبر بجدادها لنفذت ما أراد وعليه فلا يكون الخبر دليلا على أن القبض شرط فى صحة الهبة (٢) .

(٣) ونوقش قياسهم الهبة على العارية أنه قياس مع الفارق اذ العاريه تمليك منفعة فلا تستوفى الا به بخلاف الهبة فانه تمليك رقبة .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى - القائل بأن الهبة تنعقد باللفظ ويجبر الواهب على التسليم .

(١) (أ) أن النهى عن العود فى الهبة ليس لعدم الصحة ولكنه للتنفير الذى يدل على الكراهة بدليل أنه شبهه بالكلب والكلب غير مكلف أو غير متعبد بفعله (٣) . (ب) ولئن سلم أنه يدل على التحريم فان الرجوع المنهى عنه هو الرجوع فى الهبه التى تستوفى أركانها وشروطها والهبة قبل القبض غير لازمة لاشتراط القبض فيها فلا تكون داخلة تحت النهى . فاذا رجع فيها قبل القبض فلا حرمه عليه .

....

(١) المرجع السابق (٢) يراجع المحلى لابن حزم جـ ٩ باب الهبة
(٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٠

ووجه الدلالة منه أن ما كان للرسول ولبني عبد المطلب كان جزءا شائعا غير مفرز ومع ذلك صحت هبته .

(ج) ماروي عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما أنها قالت للقاسم بن محمد بن أبي بكر ولعبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر اني ورثت عن أختي عائشة مالا بالغابة وقد أعطاني معاوية بها مائة ألف فهو لكما فهذه هبة مشاع . ومعلوم أن فعل أسماء كان بمحضر من الصحابة ولم ينقل أن أحدا منهم أنكر عليها ولا مخالفها (١) .

ثانيا : أدلة المذهب الثاني : المانع من صحة هبة المشاع الذي تمكن قسمته .

(أ) بأن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كما له لانصرافه عند الاطلاق الى الفرد الكامل والمشاع لا يقبله الا اذا انضم غيره اليه وهو التسليم .

(ب) ولأن في تجويز هبة المشاع الذي لم يقسم مع امكان قسمته الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه (٢) قبل القبض .

وهذا الدليل مردود من وجوه :

(أ) أن القبض يكون كاملا فيما يمكن أن يتأتى فيه وفي غيره يكتفى بالقبض الممكن .

(ب) هذا القول منقوض بما اجزتم بيع المشاع وجعله صداقا والصداق واجب فيه الاقباض (٣) .

(ج) ويقال لهم كذلك ما الفرق بين ما تمكن قسمته وما لا تمكن قسمته والفرض أن الهبة وقعت على كل منهما حال شيوعه فاذا جاز ما لا يمكن قسمته فانه يجوز فيما يمكن من باب أولى .

الترجيح :

وبالنظر في أدلة الفريقين تتبين أن رأي الجمهور هو الراجح لثبوت عمل الرسول عليه السلام به واقرار الصحابة أسماء على هبتها دون أن يكون هناك منكر عليها (٤) ولأن دليل الآخرين معقول في مقابلة النص فهو غير مقبول .

....

(١) فتح الباري ج٥ ص ١٦٥ (٢) الهداية ج٣ ص ١٦٤ ـ ١٦٥

(٣) المحلى لابن حزم ج٩ ص ١٥ ـ والمغني ج٦ ص ٢٥٤

(٤) المحلى ج٩ ص ١٥١

المبحث الخامس

العمرى والرقبى

من الصيغ التى تنعقد بها للهبة :

العمرى فى اللغة :

العمرى والرقبى عند اهل اللغة . العمرى مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لانهم كانوا فى الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار قائلا له اعمرتك اباها اى أبحتها لك مدة حياتك وعمرك فقيل لها عمرى لذلك .

الرقبى :

وأما الرقبى فهى بوزنها ومعناها مأخوذه من المراقبة لان كلا من المعطى والمعطى كان يرقب موت صاحبه .

وأما عند الشرعيين فلم أر فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء من عرفها تعريفا اصطلاحيا فنيا .

ولكن كل من تعرض لهما عرفها بالمثال . فيقول العمرى كان يقول الرجل اعمرتك دارى أوهى لك عمرك أو ماعشت أو مدة حياتك أو نحو ذلك والرقبى أن يقول أرقبتك هذه الدار أوهى لك حياتك على أنك ان مت قبلى عادت الى وان مت قبلك فهى لك (1) .

ويمكن أيوضع لهما تعريف على النحو التالى . فيال هى تمليك عين أو منفعة ابتداء بغير عوض بالفاظ مخصوصة فتمليك جنس يشمل كل تمليك واضافه تمليك لعين أو منفعة الادخال والايضاح وقولنا ابتداء لاخراج التمليك عن طريق الحكم باستحقاق العين بغير عوض لاخراج التمليك بعوض كالبيع والمشفعة بالفاظ مخصوصة لأخراج الوقف والعارية وما اليهما .

وبعد التعريف فان الكلام على العمرى يتناول النواحى الاتيه :

(أ) أراء الفقهاء فى مشروعيتها .

....

(1) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص ٣٠٣

(ب) ما يتوجه اليه التمليك هل يتوجه للعين أو للمنفعة ؟
(جـ) أحوال العمرى والرقبى .

(أ) آراء العلماء في مشروعيتهما :

اختلف الفقهاء في العمرى والرقبى هل هما مشروعان أم لا ؟ على رأيين :

(١) الرأى الأول : يرى مشروعيتهما واليه ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة وأصحاب أبي حنيفة[١] . ووافق في مشروعية العمرى كل من الامامين أبي حنيفة ومالك دون الرقبى[٢] .

(٢) الرأى الثاني : يرى أنهما غير مشروعتين حكاه الطبري عن بعض الناس والماوردى عن داود ووافق أبو حنيفة في الرقبى دون العمرى وكذا الامام مالك[٣] .

الأدلة :

وقد استدل كل على ما ذهب اليه بأدلة نوردها على الوجه التالي :

أولا : أدلة الرأى الأول القائل بالمشروعية . استدل القائلون بالمشروعية بما يلي

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمرى ميراث لأهلها[٤]

(٢) وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها .

ووجه الدلالة من الحديثين أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد أخبر بأن كلا من العمرى والرقبى جائز ومعنى هذا أنهما مشروعتان . اذ معنى الجواز هو [illegible] المشروعية وهذا نص في المدعى لا يقبل التأويل .

....

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص٤٠٥ والمغنى المرجع السابق .
(٢) الدسوقى الشرح الكبير جـ٤ ص١٠٩ الهداية جـ٣ ص١٦٨
(٣) المرجع السابق وانظر نيل الاوطار جـ٦ ص١٤ ـ وفتح البارى جـ٥ ص١٧٥
(٤) نيل الاوطار ص١٢ جـ٦

(٣) وعن جابر رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له[1] .

فقد بين جابر رضى الله عنه أن العمرى قد وقعت فى حياته صلى الله عليه وسلم وحكم عليها بأنها هبة والهبة مندوب اليها فتكون العمرى مثلها .

<u>ثانيا : أدلة الرأى الثانى</u> : وقد استدل القائلون بعدم المشروعية بمايلى :

(١) ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . لاتعمروا ولا ترقبوا[2] .

والوجه منه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن كل من العمرى والرقبى والنهى يقتضى التحريم فاذا وقعت كانت باطلة .

(٢) ومن قال ان الرقبى هى المحرمة وحدها خصها بمعنى غير موجود فى العمرى . اذ قال انها مبنية على الخطر وهو يقتضى الغرر فتكون باطلة لذلك . لان كلا منهما يرقب موت صاحبه ولا يدرى أيهما يموت أولا[3] .

وقد ردت أدلة أصحاب هذا القول بما يأتى :

(١) رد الاستدلال بهذا الحديث الذى ذكروا لأن بتره على هذا النحو شبيه بما يتندر به الكسالى . حين يقولون (لاتقربوا الصلاة) ويقف قاطعين النظر عما يأتى بعدها . ولايتضح معناها الا اذا تليت بتمامها فتقرأ - ياأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولاجنبا الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا[4] . حينئذ يتضح معناها وتفيد حكما شرعيا ساميا .

ونحن نورد الحديث بتمامه وسيتضح منه أنه لايدل لهم بل يدل على ما يبطل قولهم عن ابن عمر رضى الله عنهما قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتعمروا ولاترقبوا فمن أعمر - شيئا أوأرقبه فهو له حياته ومماته رواه احمد والنسائى[5] . والحديث بهذا الوضع لايفيد الا أن يكون تنبيها للمعمر والمرقب أن العمرى والرقبى كل منهما هبة وأن الانسان حر فى الابتداء أن يعمر أولا يعمر

. . . .

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ١٣ (٢) الامغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٣٠٢
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٠٩ ، والهدايه ج ٣ ص ١٦٨
(٤) الايه ٤٣ من سورة النساء (٥) نيل الاوطار ج ٦ ص ١٣

ويرقب أو لا يرقب فأما اذا أعمر أو أرقب فانها هبة تورث عنه من بعده .

(٢) وردت دعوى المخاطرة فى الرقبى أن الشرط يفسد ويصح العقد واذا لم يكن للشرط أثره كانت هبة بلفظ الرقبى ولا غرر ولا مخاطرة فيها .

التـرجيح :

والناظر فى الأدلة يجد أن أدلة الجمهور من السلامة بمكان فلا ايراد عليها وأن أدلة المخالفين لاتنهض دليلا لهم . وبذلك يكون الراجح ماذهب اليه الجمهور وهو أن العمرى والرقبى جائزتان . ولذا فاننى أميل اليه واختاره .

(ب) هل يتوجه التمليك للعين أم للمنفعة ؟

لقد اختلف القائلون بالمشروعية فيما يتوجه اليه الملك هل يتوجه للرقبى أو يتوجه للمنفعة ؟ وكان خلافهم على قولين :

(١) القول الأول : يرى أن التملك للعين واليه ذهب الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة فى العمرى وصاحباه فى العمرى والرقبى (١) .

(٢) القول الثانى : يرى أن التملك للمنفعة دون الرقبه وهو قول المالكيه وقول فى القديم للشافعى (٢) .

وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نوردها على النحو التالى :

أولا : أدلة القول الأول : واستدل أصحاب القول الاول على أن العمرى والرقبى تمليك للعين بمايلى :

(١) ما روى عن جابر رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمسكوا عليكم أموالكم ولاتفسدوها فانه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيا وميتا ولعقبه (٣) .

والوجه من هذا الحديث . أن الرسول قد نبه المعمر الى أن العمرى تكون للمعمر فى حياته وبعد موته وتكون لعقبه .

....

(١) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٣٠٤ الهداية شرح البدايه جـ٣ ص١٦٨ ومغنى المحتاج جـ٢ ص٤٠٥ (٢) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص١٠٩ ومغنى المحتاج للخطيب جـ٢ ص٢٠٥ (٣) صحيح مسلم جـ١١ ص٧٢ المطبعه المصريه ونيل الاوطار جـ٦ ص١٣

وأرشد الى أن العين تخرج عن ملك صاحبها وعبر عن ذلك بالافساد للمال وهو وان لم يكن افسادا حقيقه الا أن فيه اذهابا لـه ولايكون كذلك الا اذا خرج بعينه عن ملكه ولوكانت اذهابا للمنفعه وحدها ما كان فى ذلك افساد لانه العين باقية على ملكه .

(٢) وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى فهى لمعمره محياه ومماته لاترقبوا من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث رواه احمد وأبو داود والنسائى[1].

ولوجه منه أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد بين أن العمرى والرقبى يصيران الى المعمر والمرقب وقد أطلق الرسول عليه السلام التمليك فى لفظيهما واللفظ عند الاطلاق ينصرف الى الفرد الكامل والفرد الكامل هو أن يتملك العين والمنفعة ولو أراد الرسول غير ذلك لبين لكنه لم يبين فدل ذلك على التمليك منصرف للعين والمنفعه .

(٣) وعن جابر رضى الله عنه أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء اخوته فقالوا نحن فيه شرع سواء قال فأبى فاختصموا الى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثا رواه احمد[2].

والحديث صريح الدلالة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حكم بأن الحديقة للمرأة حياتها وموتها عينا ومنفعة والا لم تكن ميراثا عنها واذا صح انه عليه السلام قد جعلها للمرأة حياتها وموتها برغم الشرط الذى شرط المعطى كانت صحيحه بدون هذا الشرط من باب أولى .

ثانيا : أدلة الرأى الثانى : وقد استدل القائلون بأن ملك المعتمر يكون للمنفعة لا للعين بمايلى :

(١) من الكتاب . قوله تعالى . والى ثمود أخاهم صالحا قال ياقوم اعبدوا الله مالكم من اله غيره هو أنشأكم من الارض واستعمركم فيها[3] . مع قوله تعالى ....

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٢ (٢) المرجع السابق ص ١٣

(٣) الآيه ٦١ من سورة هود

انا نحن نوث الارض ومن عليها والينا يرجعون .

ووجه الدلالة من مجموع النصين الكريمين . أن الله تبارك وتعالى قد بين لنا أنه هو الذى يرث الارض فهو الذى يملك رقبتها فاذا أعمرها احدا من خلقه بعد ذلك كان تمليكا للمنفعة دون الرقبة فكذلك كل من أعمر أحدا عمرى فان يملك منفعتها لا رقبتها (١) .

(٢) ماروى عن عبد الرحمن بن محمد بن أبى بكر الصديق قال ان عائشه أم المؤمنين رضى الله عنها كانت تعمر بنى أخيها حياتهم فاذا نقرض أحدهم قبضت مسكنه فورثنا نحن ذلك كله اليوم (٢) .

والوجه منه أن عائشه قد أعمرت وكانت العمرى تبقى فى يد معتمرها حياته فاذا مات استردته منه فلوكانت العمرى تمليكا للعين ما خفى ذلك على أم المؤمنين وما كان لها لوعلمت به أن تعمل على خلافه .

(٣) المعقول . قالوا ان الملك لايتأقت كما لوباعه الى مدة فانه لايصح فاذا كان لايتأقت فكذلك العمرى تحمل على ما يقبل التأقيت وهو المنفعة دون العين .

المناقشه :

وقد ردت أدلة أصحاب المذهب الثانى بما يأتى :

رد الدليل الأول :

(أ) أنهم قاسوا حكم الناس على حكم الله فى الدليل الأول وهو قياس باطل لأنه قياس مع الفارق اذ الفرق بين خالق ومخلوق لايجوز على الريبة فيه أحد ان الله تعالى يمت الناس ولا لوم عليه ويحيهم ويعذبهم بالمرض ولايسأل عما يفعل ولاكذلك أحد من خلقه فلا يعقل اذن أن يقاس مخلوق على خالق .

(ب) ثم ان ذلك يأتى على تفسير استعمار الله لنا فى الارض بمعنى العمرى أى جعلكم عمارا لها مدة حياتكم وليس هذا متعينا حتى يجب المصير اليه . لان بعض العلماء قال استعمركم أطال أعماركم فيها أو أذن لكم فى عمارتها

....

(١) انظر المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١٦٥ (٢) المرجع السابق

واستخراج قوتكم منها[1] . وهذا غير العمرى وعلى ذلك يكون اللفظ محتملا والدليل اذا تطرق اليه الأحتمال سقط به الاستدلال .

(جـ) كذلك فان الله قد أباح لنا بيع ما ملكنا من الارض وجعلها لورثتنا من بعدنا – والتمليك بالعمرى كالتمليك بهذه الاسباب سواء بسواء .

ورد الدليل الثانى من ناحيتين . من الناحية التاريخية ومن الناحية وجه الاستدلال .

فمن الناحية التاريخيه أن الثابت أن عبد الرحمن بن القاسم وأباه القاسم وجده محمدا لم يرثوا عائشه لان محمدا قتل قبل موتها بنحو عشرين سنه . وانما الذى ورثها هو عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى بكر فقط لانه كان ابن شقيقها فحجب القاسم بن محمد[2] .

وأما من ناحية الاستدلال به فانه على فرض سلامته من الناحية التاريخية فانه فعل صحابى وفعل الصحابى ليس بحجة فيما اختلف فيه كما تقرر كتب الاصول وحتى على فرض حجيته فانه يجب حمله على أنها كانت تعمرهم للسكنى بدليل ما جاء فى الرواية عنها فاذا انقرض أحدهم قبضت مسكنه فهذا يدل على أنها كانت تعمرهم ملكها للسكن ولم تعطهم على سبيل التملك للرقبه .

الترجيح :

وبعد عرض الأدلة ومناقشه ما أمكن مناقشته منها أرى أن القول الأول هو الأولى بالقبول . لأن النصوص الدالة عليه سلمت من المعارض ولا ايراد عليها لا من ناحية السند ولا من ناحية وجه دلالتها فوجب المصير اليه حيث ردت أدلة القول الثانى بما مر .

(جـ) أحوال العمرى من حيث التقييد بالشرط وعدمه :

لا تخلو صيغة العمرى والرقبى عن أن تكون واحدة من ثلاث :

الأولى: أن يقول أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك – أو أرقبتها كذلك أو يقول مكان لعقبك لورثتك .

....

(١) الكموجع السابق ص١٦٦ وفتح البارى جـ٥ ص١٧٦

(٢) المحلى جـ٩ ص١٦٦

الثانية : أن يقول – أعمرتك هذه الدار – ويطلق – وكذلك الرقبى .
الثالثة : أن يقول أعمرتك هذه الدار ما عشت فان مت رجعت الى . وكذلك الرقبى

ولقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الصيغة الأولى تفيد الملك له ولمن كان موجودا بعد موته من عقبه أو ورثته فهى تفيد ملك العين عند الجمهور – وتفيد ملك المنفعة عند الامام – مالك وتكون عنده بمثابة الوقف أى أنه اذا لم يكن له عقب أو انعدم ورثته عادت للمعمر (١) .

فأما اذا قال هى لك وأطلق أو قيد فقال. هى لك ما عشت فان مت رجعت الى فقد اختلفت كلمة الفقهاء فيما تفيده هاتان الصيغتان هل تفيدان التأبيد أو التأقيت وكان خلافهم على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور (٢) أن الصيغة المطلقة أو المقيدة بمده حياة المعمر أو المرقب تفيدان – التأبيد – ولا أثر للشرط.

القول الثانى : وهو قول الامام مالك – وبعض الظاهريه . ورواية عن الحنابلة فى المقيدة أنهما تفيدان الملك مدة حياة المعمر ثم ترجع الى المعمر أو ورثته (٣) .
وقول فى القديم للشافعى وقد استدل كل على ما ذهب اليه بأدلة نوردها على الوجه التالى :

أولا : أدلة الجمهور . وقد استدل الجمهور على أن الصيغتين تفيدان التأبيد بما يلى
(١) ماروى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا من الانصار أعطى أمه حديقة من نخل حياتها فماتت فجاء أخوته فقالوا نحن فيه شرع سواء قال . فأبى فاختصموا الى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثا رواه احمد (٤) .

والوجه منه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حكم بأن العطية المؤقتة بحياة المعطى – وهذا هو معنى العمرى والتى شرط فيها ذلك تكون للمعطى ولورثته فدل ذلك على عدم اعتبار الشرط وجعلها مؤبدة للمعطى والصيغة المطلقة من باب أولى .

....

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص١٠٩ نيل الاوطار جـ٦ ص١٥
(٢) راجع المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٣٠٥ فتح البارى جـ٥ ص١٧٦ مغنى المحتاج جـ٢ ص٤٠٥ والهدايه جـ٣ ص١٦٨ (٣) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص١٠٩ قليوبى وعميره جـ٣ ص١١ باب الهبة (٤) نيل الاوطار جـ٦ ص١٣

(٢) قوله عليه السلام العمرى لمن اعمرها ـ والرقبى لمن أرقبها والعائد فى هبته كالعائد فى قيئه [(١)] .

والوجه منه أن الرسول قد جعل العمرى للمعمر والرقبى للمرقب مطلقا سواء أكانت مطلقة أومقيده ثم أكد ذلك بالتنفير: من الرجوع فى الهبة التى تعد العمرى والرقبى احدى صورها فدل ذلك على أن العمرى والرقبى تفيد ان الملك المؤيد وأن الشرط على خلاف ذلك باطل . فيصح العقد ويبطل الشرط .

(٣) عن ابن عمر رضى الله عنهما قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتعمروا ولاترقبوا فمن أعمر شيئا أوارقبه فهوله حياته وموته [(٢)] .

والوجه منه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد جعل العمرى والرقبى بعد أن يعقدها الأنسان مختارا جعلها للمعمر والمرقب . سواء أكانت مطلقة أومقيدة فدل ذلك على أن كل شرط يخالف ذلك شرط لاغ فلا أثر له .

ثانيا: أدلة الرأى الثانى : وقد استدل أصحاب الرأى القائل بأن العمرى المطلقة والمقيده بحياة المعمر تفيد التأقيت بمايلى :

(١) بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم [(٣)] .

والوجه منه أن المعمر قد اشترط أن تعود له العمرى بعد موت المعمر فى المقيده فوجبت اعتبار قوله والعمل بما شرطه كما اعتبرنا قوله فى الصورة المتفق عليها وهى ما اذا قال لك ولعقبك .

(٢) ماروى عن أبى سلمه بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر قال انما العمرى التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول لك ولعقبك فأما اذا قال هى لك ماعشت فانها ترجع الى صاحبها [(٤)] .

والوجه منه ان الحديث نص فى افادة الأولى التأبيد ـ وهى محل اتفاق كما أنه نص كذلك فى أن الهبة التى اشترط فيها التأقيت أنه مقيد فيها وفى ذلك اعتبار لقوله فى الحالين .

....

(١) فتح البارى جـ ٥ ص ١٧٧ (٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٣

(٣) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١٦٩ (٤) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٣

وقد ردت هذه الأدلة التى أوردها أصحاب الرأى الثانى بمايلى :

أولا : الحديث الاول وهو حديث المسلمون عند شروطهم مردود من ناحية السند - ومردود كذلك من ناحية الاستدلال به - فأما من جهة السند فان فيه كثير بن زيد - وهو متروك (١) .

وأما من جهة الاستدلال به فان القائلين به أوردوه على وجه يتمشى مع وجهة نظرهم على نحو ماسبق فى حديث لاتعمروا ولاترقبوا - كما مر الا أنه توجد للحديث رواية مشهورة فيه زيادة تفقدون مايريدون به فقد جاء المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلا أو أحل حراما (٢) .

فهذا الحديث على هذا يفيد أن الشروط التى يجب الوفاء بها هى الشروط التى لاتعارض نصا ولاتنافى مقررا من المقررات الشرعية يؤيد ذلك ما جاء فى حديث بريره وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل (٣) .

ورد - استدلاهم بما روى عن جابر رضى الله أن الحديث هو هى لك ولعقبك أما الباقى فهو من كلام أبى سلمة مدرج فى حديث جابر أو هو من كلام جابر فلا تقوم به حجة (٤) . وبذلك يكون الراجح هو ماذهب اليه أصحاب الرأى الأول .

....

(١) المحلى لابن حزم جـ٩ ص ١١٩ ، ١٦٦

(٢) نيل الاوطار جـ٥ ص٢٥٤ فى باب الصلح (٣) المرجع السابق ص ٢٥٦

(٤) الروضه الندية جـ٢ ص١٦٧ المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٦٧

المبحث السادس

حكم التسوية بين الأولاد في الهبة

لما كانت الهبة أكثر ماتكون للأولاد وأن الأب كثيرا ما يفضل بعض الأولاد على بعض كان علينا أن نبين حكم هذا العمل ومدى تأثيره على عقد الهبة فنقول .

اختلف الفقهاء في حكم التسويه بين الأولاد على مذهبين :

(١) المذهب الأول : يرى أن التسويه بينهم مستحبه وأن التفضيل مكروه وتقع الهبة صحيحة مع الكراهة واليه ذهب الشافعية والحنفية ماعدا أبا يوسف وبعض المالكية ورواية عن الامام احمد (١) .

(٢) المذهب الثاني : يرى أن التسويه واجبة فاذا اشتملت الهبة على مفاضلة بين الأبناء كانت باطلة واليه ذهب الظاهريه وقول عند المالكية وهو قول اسحاق وطاوس والثوري (٢) . ويرى أبو يوسف أن التسويه تجب اذا قصد المعطي بعمله الاضرار ببعض الورثه .

الأدلـة :

وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلي :

أولا : أدلة الجمهور القائلين بالاستحباب استدلوا لماذهبوا اليه بمايلي :

(١) بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل ذي مال أحق بماله (٣) .

ووجه الدلالة منه أن الرسول قد جعل صاحب المال أكثر اختصاصا بماله من غيره وهذا يقتضي أن تنفذ تصرفاته كلها فيه ومنها تفضيل بعض بنيه على بعض وابطال مثل هذا التصرف أو الحكم بعدم نفاذه اخلال بهذا الاختصاص وانتقاص لهذا الحق .

....

(١) مغني المحتاج جـ٢ ص٤٠٦ والمغني لابن قدامه جـ٦ ص٢٨٤ وقليوبي وعميره جـ٣ ص١١٣ (٢) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٤٢
(٣) المحلى لابن حزم السابق جـ٩ ص١٤٤

(٢) بما روى عن النعمان بن بشير قال • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعدلوا بين أبنائكم اعدلوا بين أبنائكم اعدلوا بين أبنائكم • رواه احمد والنسائى وأبوداود(١) .

ووجه الدلالة منه أن الامر فيه دل على أن التسويه مندوب اليها • وقد صرف الامر عن الوجوب الى الندب ما جاء فى بعض روايات الحديث أن بشيرا حينما ذهب يطلب من الرسول عليه السلام أن يشهد له على هبته لولده النعمان • قال له الرسول عليه السلام أشهد على هذا غيرى فلو كان الامر بالتسوية للوجوب لما أمره بأن يشهد عليه غيره فدل ذلك على أن التسويه مندوبه لا واجبه(٢) .

(٣) ما جاء فى بعض الروايات من قول الرسول صلى الله عليه وسلم لبشير أيسرك أن يكون أولادك فى البر سواء ؟ قال نعم • قال فلا اذن •

فقد شبه الرسول عليه السلام التسويه المطلوبة بينهم بالتسويه المطلوبة منهم فى البربه والتسويه فى البوبه لاتجب عليهم فكذلك التسويه بينهم لاتجب عليهم(٣) .

(٤) القياس انعقد الاجماع على جواز اعطاء الرجل ماله لغير ولده فاذا جاز له أن يخرج(٤) ماله كله للأجنبى جاز له أن يفضل بعض أبنائه على بعض بل هذا أولى •

(٥) أن التفضيل قد وقع من الخليفتين أبى بكر وعمر • فقد أعطى أبو بكر عائشه دون أخوتها ونحل عمر ابنه عاصما دون سائر ولده(٥) •

ثانيا : أدلة المذهب الثانى القائل بالوجوب واستدل القائلون بوجوب التسويه بمايلى

(١) ماروى عن النعمان بن بشير قال • قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعدلوا بين أبنائكم اعدلوا بين أبنائكم اعدلوا بين أبنائكم •

....

(١) نيل الاوطار ج٦ ص٦ (٢) فتح البارى ج٥ ص١٧٧

(٣) المرجع السابق ص٨ (٤) فتح البارى ج٥ ص١٥٩

(٥) نيل الاوطار ج٦ ص٨

ووجه الدلالة أن الرسول قد أمر بالعدل بين الأبناء وصيغة الأمر حقيقة فى الوجوب مجاز فى غيره ولا يصار الى المجاز الا لقرينة ولا قرينة فتكون التسوية المؤدية للواجب واجبه اذا ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقد كرر الرسول الأمر بالعدل فدل ذلك على طلبه طلبا مؤكدا جازما .

(٢) ما جاء فى حديث النعمان بن بشير - أن أباه أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما لى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ قال لا . قال فارجعه متفق عليه (١) . فهذا الحديث كما ترى متفق عليه من حيث الاسناد .

ووجه الدلالة منه أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بشيرا أن يسترد الهبة والأمر باستردادها دليل على بطلانها .

(٣) ما رواه جابر رضى الله عنه قال قالت امرأة بشير انحل ابنى غلاما واشهد لى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان فلانة سألتنى أن أنحل ابنها غلامى . فقال . له أخوة ؟ قال نعم قال فكلهم أعطيت مثل ما أعطيته ؟ قال لا قال فليس يصلح هذا . وانى لا أشهد الا على حق رواه احمد ومسلم ورواه أبو داود من حديث النعمان وقال فيه لا تشهدنى على جور .

ووجه الدلالة من هذا الحديث برواياته المتعدده أن الرسول عليه السلام عد هذا العمل من بشير باطلا لأنه قال لا أشهد الا على حق ومفهوم هذا أن ما جاء ليشهده عليه باطل وعده جورا والجور الظلم وهو حرام فلا يكون صحيحا .

المناقشة :

أولا : مناقشة أدلة الجمهور القائلين بالندب :

حديثكم الذى استدللتم به وهو كل ذى مال أحق بماله يرد فيقال لهم الاستدلال به بأن الذى بين أن كل ذى مال أحق بماله هو نفسه الذى وضع القيد على هذه الاحقيه حيث قال اعدلوا بين أبنائكم ثم ما تقولون . فى السفيه

....

(١) المرجع السابق ص٦

والمجنون أليسا يمنعان من التصرف في أموالهما باتفاق ؟ اذا كان التصرف ضررا محضا ؟ ومع ذلك لم يقل أحد ان هذا المنع يؤثر على ملكيتهما لأموالهما .

(٢) ويرد ما جعلتموه صارفا للأمر من الوجوب الى الندب لانه لا يصلح أن يكون صارفا اذ الأمر بالاشهاد ليس على حقيقته كما قد يتبادر بل المراد منه التقريع والتوبيخ ومثل هذا فى القرآن قد وقع كثيرا مثل قوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر (١) فان شهدوا فلا تشهد معهم (٢) . وقوله تعالى . اعملوا ما شئتم (٣) . وفى السنة كذلك مثل قوله صلى الله عليه وسلم لعائشه اشترطى لهم الولاء (٤) . فهذه أوامر صريحه لم يرد منها طلب أى شىء مما ذكر فيها فكذلك ما معنا فانه لم يطلب منه أن يشهد عليه غيره حقيقة اذ ليس هناك مايمنع الرسول من الشهادة عليه من حيث الجواز ولكن المراد التوبيخ والتقريع بقرينه الروايات الاخرى والتى فيهما فارجعه ولاتشهدنى على جور الى آخره (٥) .

(٣) ورد استدلالهم بقياس التسويه بينهم على التسوية فى البربه .

بأنه قياس مع الفارق لان التسويه منه بينهم ورد فى شأنها أن عدمها جور وورد النهى عن التفضيل ـ ولم يرد مثل ذلك فى جانب المقيس عليه فافترقا . ولاتصلح أن يكون قرينة لصرف الامر عن الوجوب الى الندب كما قيل (٦) .

(٤) ورد قياسكم تفضيل بعض الأولاد على جواز اعطاء المال للغير بجامع الحرمان فى كل رد هذا القياس بأنه قياس فى مقابلة النص والقياس فى مقابلة النص باطل

(٥) ورد الاستدلال بما وقع من الخليفتين أبى بكر وعمر .

بأن هذا فعل صحابى وفعل الصحابى ليس بحجة وعلى فرض أنه حجة فان ماحدث منهما كان وصية لاهبة ـ والوصية فى حدود الثلث للوارث جائزه وباكثر منه للأجنبى اذا أجاز الورثة كما سيأتى فى الوصية ان شاء الله تعالى .

....

(١) الاية ٢٩ من سورة الكهف (٢) الايه ١٥٠ من سورة الانعام
(٣) الاية ٤٠ من سورة فصلت (٤) نيل الاوطار ج٦ ص٧
(٥) انظر فتح البارى ج٥ ص١٥٧ ـ ١٥٨ (٦) المرجع السابق

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى القائل بوجوب التسوية وحرمة التفضيل بما يلى .

(١) يقال لهم ان الرسول عليه السلام قد أمر بالتسويه والعدل لان الموهوب كان كل المال ولو كان بعض المال ما أوجب التسوية .

وترد هذه الشبهة بأن الأمر بالتسويه يقتضى حرمة التفضيل مطلقا سواء أكان الموهوب البعض أو الكل وأيضا فانه هذا مدفوع بما ورد فى بعض الروايات من أن الموهوب كان بعض ماله حيث جاء فى بعض الروايات أنها كانت غلاما أوحديقه (١) . فلا ترد هذه الشبهة .

(٢) حكى الطبرى . أن النبى صلى الله عليه وسلم انما رد فعل بشير لأنه كان غير منجز بدليل أنه قدم لأستشارة الرسول عليه السلام فأشار الرسول عليه بالرد ولو كانت عطية منجزة لما ردها لكنه وردها فدل ذلك على أن غير المنجزة هى التى ترد وأما المنجزة فتمضى .

وترد هذه الشبهة - بأحد أمرين - الأول - أن الرسول أمره بالرد فى رواية - وبالارتجاع فى رواية أخرى فلو لم تكن منجزة لما كانت هناك فائدة للأمر بالرد أو الارتجاع - والثانى - أن عمرة بنت رداحة زوجة بشير قالت له - فى بعض الروايات - لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل واضح على أن الهبة كانت منجزة لم يبق لاستكمالها الا الشهاده عليها .

(٣) ويقال لهم . ان الأمر بالرد أو الأرتجاع لا يدل على وجوب التسويه بل ان الأمر كان لأمساك عطية لم يحزها المعطى - وهو النعمان وقد كان كبيرا ولو جازه ماصح لأبيه أن يرجع لكنه رجع فدل ذلك على أن التسويه ليست واجبه .

ويمكن دفع هذا الاعتراض بواحد من أمرين أيضا الأمر الأول - أنه قد ورد فى بعض الروايات للحديث أن النعمان كان صغيرا (٢) . والصغير يقبض له وليه وهنا وليه أبوه . والثانى - أن الرسول أمر بشيرا بارتجاع الهبة وأمره بالارتجاع دليل على قبضها ولو لم تكن التسوية واجبة ما أمره بالارتجاع .

....

(١) فتح البارى جـ٥ ص١٥٨ (٢) فتح البارى جـ٥ ص ١٥٨ - ونيل الاوطار جـ٦ ص ٨

(٤) يقال لهم كذلك ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لبشير ارجعها والأمر بالارتجاع دليل على الصحة اذ لو لم تكن صحيحة ما ساغ أمره بالارتجاع وقد صح منه الرجوع فتكون الهبة قد وقعت صحيحة مع التفضيل وأن ترك التسوية خلاف الأولى لذلك أمر بارجاعها وأمره بالارتجاع لان للوالد أن يرجع فيما وهبه لولده .

ويمكن دفع هذه الشبهة بأن يقال ان معنى قوله - ارجعه - أى لا تمض هذه الهبة المذكورة ولا يلزم من ذلك تقدم صحتها (١) .

(٥) ان قوله عليه السلام فى بعض الروايات لحديث بشير قوله عليه السلام أشهد على هذا غيرى هو اذن فى الشهادة وانما امتنع الرسول من الشهادة لكونه الامام .

وتدفع هذه الشبهة بواحد من أمرين - الأمر الأول - أنه لا يلزم من كونه ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها - كيف وهو المخاطب الأول بقوله تعالى - ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله (٢) - وبقوله . ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا (٣) .

الأمر الثانى - أن الاذن المذكور ليس على حقيقته وانما المراد منه التوبيخ لما تدل عليه بعض الروايات الاخرى للحديث وهو لا يعد وأن يكون من قبيل قوله تعالى اعملوا ما شئتم .

(٦) ويرد عليهم كذلك أن التسوية لو كانت واجبة لما قال النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض الروايات لبشير الا سويت بينهم ؟ وهذه أداة استفتاح أو للتنبيه فلو كانت التسوية واجبة لأتى بصيغة تفيد ذلك .

ويرد ذلك بما قاله الحافظ - وهذا معنى جيد الا أنه يمنع من هذا ورود الفعل بصيغة الامر الدالة على الوجوب قطعا (٤) .

(٧) ويقال لهم ان المحفوظ من حديث النعمان . قاربوا بين أولادكم لا سووا

....

(١) المرجعين السابقين (٢) الايه ١٣٥ من سورة النساء

(٣) الاية ٢٨٢ من سورة البقرة (٤) راجع فتح البارى ونيل الاوطار المواضع السابقه

وردت هذه الرواية من ناحيتين - الأولى - أن الحديث بهذه الصورة منقطع كما ذكر ذلك ابن حزم فى المحلى الثانية - وعلى فرض صحته فان القائلين بالمخالفة لايوجهون المقاربه التى هى مقتضى هذه الرواية على أنه يقال ان المقاربة هى الاجتهاد فى التعديل بينهم كما قال تعالى ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة (١) . فمن اجتهد فى التعديل ولم يصادف حقيقة العدل كان مقاربا .

(٨) ويقال لهم ان التشبيه فى التسوية المطلوبة منه لأولاده فى البر به كالتسوية المطلوبة منهم نحوه والتسوية المطلوبة منهم ليست واجبة باتفاق فكذلك التسوية المطلوبة منه نحوهم . فالتشبيه قرينة دالة على عدم الوجوب للتسوية من الرجل بين أولاده ولكنها تكون مندوبة وقد دفعت هذه الشبة هى الاخرى أن القرينة وان صرفت الامر بالتسوية عن الوجوب الا أنها لاتنهض صارفا للنهى عن التفضيل وتسميته جورا عن حقيقتهما . فبقيا داللين على التحريم (٢) .

الترجيح :

وبعد مناقشه الأدله وعرضها على نحو ما رأيت فان الرأى الراجح هو ماذهب اليه القائلون بوجوب التعديل فى الهبة لسلامة أدلتهم - ولأنه يوافق المبادىء العامة التى جاءت بها الشريعة من اطفاء نار العداوة واماته أسباب الشقاق والقضاء على كل مايدعوا الى القطيعه والبغضاء .

ولذا نرى الشارع الحكيم قد حرم زواج البنت على عمتها أو خالتها .

ثم ان الانسان لايدرى أى الابناء أكثر نفعا واستحقاقا فى الواقع ونفس الأمر أهو المفضل أم المفضل عليه بقول الله تعالى آباؤكم وأبناؤكم لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعا .

فالتسويه بن الابناء على نحو لازم يحقق كل الخير ويوفر أسباب الحب والاخاء

....

(١) راجع فتح البارى
(١) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٤٧ والايه ١٢٩ من سورة النساء .
(٢) فد راجع فتح البارى جـ٥ ص باب الهبة - المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٧٤ وما بعدها المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٤٨ وما بعدها

الكلام على كيفيـة التسويـة :

وقد اختلف فى المراد بالتسوية المطلوبة وجوبا أوندبا وكان خلافهم على قولين

(١) القول الأول : يرى أن التسوية المطلوبة هى الموجودة فى تقسيم المواريـث أى تكون العطية للذكر مثل حظ الانثيين • واليه ذهب الحنابلة وعطاء ومحمد بن الحسن وغيرهم •

(٢) القول الثانى : يرى أن التسوية أن تعطى الأنثى مثل الذكر واليه ذهب الحنفية والشافعية وغيرهم •

وقد استدل كل قول على ماذهب اليه بأدلة نوردها فيمايلى :

أولا : أدلة القول الأول ـ الذى يرى أن التسوية أن يكون للذكر مثل حظ الانثيين بمايلى من الكتاب والمعقول •

أو (١) أما الكتاب : فقوله تعالى ـ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين • (١)

ووجه الدلالة منه أن الله تعالى عهد الى المكلفين بأن يكون للذكر مثل حظ الانثيين من أموال الآباء وأن الانثى فى ذلك على النصف من الرجل ـ وهذا فى الميراث فلتحق به العطيه فى الحياة لانها استعمال لما يكون بعد الموت فينبغى أن تكون على حسبه •

(٢) والقياس ـ فقالوا تقاس التسوية فى العطيه المعجلة فى الحياة على العطيه المؤجله ـ وهى الميراث كما فى الزكاة المعجلة فان الواجب فيها ما أوجبه الشارع فاذا عجل العطيه كانت على حسب ماأراد الله وقسم للذكر مثل حظ الانثيين • (٢)

(٣) والمعقول • فان الوارث اذا مات وترك المال بين الذكور والاناث بدون هبة فانه يقسم على حسب الميراث للذكر مثل حظ الانثيين لان الذكر أحوج من الانثى لانهما اذا تزوجا جميعا • فالصداق ـ والنفقه ونفقه الاولاد على الذكر وحده والانثى لها ذلك فكان الذكر أولى بالتفضيل • لزيادة حاجته ـ وهذه هى المساواة فى الحقيقة حيث يعطى كل واحد حسب حاجته وكفايته •

....

(١) الآيه ١١ من سورة النساء (٢) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٦٧

ثانيا : أدلة القول الثانى ـ القائل بأن الانثى تساوى الذكر بمايلى :

(١) بماروى عن ابن عباس رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم سووا بين أولادكم فى العطيه ولو كنت مفضلا احد لفضلت النساء (١) .

والوجه منه أن الرسول أمر بالتسويه واطلاق التسوية ينصرف الى الفرد الكامل وهذا لا يكون الا بان تعطى الانثى مثل الذكر .

(٢) ماروى من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لبشير بن سعد أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال نعم قال فسو بينهم (٢) .

ووالوجه منه أن البر المطلوب من البنت كالبر المطلوب من الابن ومساويا له فمن العدل أن يكون اعطاؤهم بالمساواه وبينهم الحاقا للمشبه بالمشبه به .

المناقشه :

أولا : مناقشة أدلة القول الأول :

(١) نوقش استدلالهم بالآية ـ أن هذا خاص بالميراث فلا يتعداه الى غيره من العطايا فى الحياة ورد هذا بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فهى وان كان سببها بيان قسمة الميراث الا أن اللفظ عام يشملها ويشمل غيرها .

(٢) ونوقش استدلالهم بالقياس . أن قياس العطيه فى الحياة على الزكاة اذا عجلت فكما أن المعجلة لاتتغير بل تكون كالمؤجلة فكذلك العطيه المعجلة تلحق بالمؤجله وهى الميراث فتقسم على ما تقسم عليه نوقش ذلك بأن الحاق العطية فى الحياة . بعطية أخرى هى فى الحياة أولى من الحاقها بعطيه ما بعد الموت فتلحق بالنفقه والكسوة والواجب فيهما التسويه بين الذكر والأنثى .

ولكن رد ذلك بأن الواجب غى النفقه والكسوة المساواة بمعنى اعطاء كل ما يكفيه ويسد حاجته مثله ولاشك أن هذا يختلف من فرد لآخر فاذا فرضنا أنها بالبيت وأخاها طالب بالجامعة فهل نطالبه بأن يشترى لها وهى بالبيت ملابس تساوى فى قيمتها ما يشتريه لأخيها ؟ ان مثل هذا العمل لا يعتبر مساواة بل احجافا وما نحن فيه لا يعدو ان يكون سد الحاجات كل منهما ـ وهى تكون

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٦ (٢) المغنى جـ ٦ ص ١٦٧

أوفى ما تكون اذا قسمت على ماقسم اللـه عـز وجـل .

ثانيا : مناقشه أدلة القول الثانى :

(١) نوقش حديث ابن عباس بأن فى سنده ضعفا ـ لان فيه سعيد بن يوسف وهو ضعيـف[1] . ولئن سلم فانه يكون دليلا للقول المقابل فان الرسول عليه السلام أمر بالتسوية وهى على مابينا اعطاء كل فرد حاجته وقد منع الرسول المفاضلة وقال ولوكنت مفضلا أحدا على أحد لفضلت النساء بأن أعطيهم مثل ما أعطى الرجال لكنه منع من ذلك لأنه لايكون حين تعطى المرأة مثل الرجل والحال أن أعباءه اكـثر من ضعيف أعبائها فلا تكون هناك مسـاواة .

(٢) ونوقش حديث بشير بأن الرسول عليه السلام قد طلب التسوية بين الابناء ولا ندرى هل كان فى أولاده اناث أم لا ؟ اذ يحتمل أن يكونوا كلهم ذكورا فأمره أن يسوى بينهم وهذا ظاهر وعلى فرض أن فى أولاده اناثا فان المساواة المطلوبة هى اعطاء كل ذى حاجة حاجته فتكون التسوية فى أصل العطاء لافى صفته وصورته ولذا يقول عطاء ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى وهذا عام فى عطايـــا الحياة وعطايا الموت[2] .

التر جيـح :

وعلى ذلك ومن كل ماسبق من ذكر الأدلة ومناقشتها يتبين لنا أن القول الراجح هو قول من قال ان التسويه المطلوبة هى أن تكون على ما قسم الله عز وجل للذكـــر مثل حظ الأنثيـين .

حكم الرجـوع فى الهبـة :

اذا تمت الهبة بالعقد عند من يرى ذلك أو مضافا اليه شرط القبض على مـا سبق بيانـه فهل للواهب بعد ذلك أن يرجع فى هبته ؟ لقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك وكان اختلافهم على ثلاثـة مذاهـب .

(١) المذهب الأول : أن الواهب لايرجع فى هبته الا الوالدين فيما وهبا لولدهما فلهما الرجوع مطلقا سواء أكان الولد صغيرا أوكبيرا . واليه ذهب الشافعيه

. . . .

(١) نيل الاوطار جـ٦ ص٦ (٢) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص١٦٨

والحنابلة والظاهريه[1] .

(٢) المذهب الثاني : أن الهبة اذا كانت لذى رحم محرم أو اذا كانت لولد أو من أحد الزوجين للآخر فمتى تمت بالقبض فلا رجوع فيها . أما اذا كانت لأجنبى أو لذى رحم غير محرمة فله أن يرجع فيها واليه ذهب الحنفيه[2] .

(٣) المذهب الثالث : أنه لا رجوع الا للوالد فيما وهب ولده أو ابنته الكبيرين أو الصغيرين مالم يقل انه وهبه لثواب الآخره فان قال ذلك فلا رجوع والأم ترجع فيما وهبته لولدها الصغير خاصة مادام أبوه حيا فان مات أبوه فلا رجوع ولا رجوع لها فيما وهبت ولدها الكبير مطلقا واليه ذهب المالكية[3] .

وقبل البيان لمذهب كل فريق تبين الاحوال التى لا يصح الرجوع فيها حتى الوالد من ولده وللرجوع شروط هى .

متى يصح الرجوع :

(١) أن يبقى ملك الموهوب له ل لموهوب فاذا خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو غير ذلك فليس له الرجوع لانه ابطال لملك غير الموهوب له .

(٢) أن تكون العين باقية فى تصريف الولد ـ بحيث يملك التصرف فى رقبتها فان رهنها لم يكن ل لواهب ان يرجع فان زال المانع من التصرف فله الرجوع

(٣) أن لا تزيد زيادة متصله ـ وفى قول للشافعى له الرجوع فيها ورواية عند الحنابلة وقد زاد المالكية والحنابلة شرطان آخرين .

وهو أن لا تتعلق بها رغبة لغير الولد فان تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهبه لولده دارا أو حديقة فيرغب الناس فى تزويجه أو معاملته أو تزوجت الانثى بسبب هذه الهبة رغبة فى مالها ـ وهذا شائع فى عصر الماديات الذى نعانى منه فليس له الرجوع عندهما[4] .

. . . .

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص٤٠٠ ومابعدها ـ المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٧ المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٢٧ بند ١٦٢٩ (٢) الهدايه جـ٤ ص١٦٧

(٣) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص١١٠ ـ ١١١

(٤) راجع الموضوع كله ـ المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٢٧٤ ومغنى المحتاج جـ٢ ص٤٠٢ المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٣٦ ـ الهدايه شرح البدايه جـ٣ ص١٦٦

وزاد الاحناف موت احد العاقدين فانه يمنع من الرجوع .

وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة المذهب الاول – القائل بأن الرجوع مقصور على الوالدين فيما أعطيا ولديهما استدلوا بمايلى : من الكتاب والسنه .

(١) استدلوا من الكتاب – فبقوله تعالى . ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وبقوله تعالى ولاتبطلوا أعمالكم[١] .

ووجه الدلالة من الآية الاولى أن الله قد أمر بالوفاء بالعقود والهبة عقد فيجب الوفاء بها والرجوع فى الهبة فى غير ما نص عليه دليل قوى فيه مخالفة لهذا الأمر فيكون منهيا عنه والوجه من الآية الثانية . أن الله تعالى نهى المؤمنين عن ابطال أعمالهم والهبة عمل من اعمال القربى فيكون منهيا عن ابطاله[٢] .

(٢) واستدلوا على ماذهبوا اليه من السنة بما يلى :

(١) عن طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم قال لايحل للرجل أن يعطى العطيه فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده . ومثل الرجل يعطى العطيه ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى اذا شبع قاء ثم رجع فى قيئه[٣] .

ووجه الدلالة منه أن الرسول قد حرم الرجوع فى الهبة وشبه ذلك بأفظع تشبيه وأبلغه فى الدلالة على الزجر وستثنى من ذلك الوالدين .

(٢) وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لنا مثل السوء – الذى يعود فى هبته كالكلب يرجع فى قيئه .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد شبه الرجوع فى الهبة بالرجوع فى القيء – والرجوع فى القيء حرام فيكون المشبه كالمشبه به فى التحريم[٤] . الا ما خرج بالدليل السابق – وهو الوالد والوالده فيبقى من عداهما على أصل التحريم .

....

(١) الشرح الكبير الآية ١ من سورة المائدة – الايه ٣٣ من سورة محمد صلى الله عليه وسلم على الوالى . (٢) انظر المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٢٧ ومابعدها .

(٣) نيل الاوطار جـ٦ ص١٠ (٤) نيل الاوطار جـ٦ ص٧

ثانيا: أدلة المذهب الثاني ـ وقد استدل القائلون بأن الهبة اذا كانت لذى رحم محرم أو اذا كانت لولد أو من أحد الزوجين للآخر فلا رجوع فأما اذا كانت لذى رحم غير محرم أو لأجنبى فانه يرجع. استدلوا على مذهبهم بما يلى من السنة والمعقول .

(١) السنة : فقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها[١] .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول عليه السلام قد نص على أن الهبة اذا كانت لذى رحم محرم فانه لايجوز للواهب أن يرجع فيها ـ وقد ألحق به أحد الزوجين اذا وهب للآخر لان المقصود بالهبة الصلة والمودة وقد حصلت فلا يرجع فيها[٢] .

(٢) القياس: فقالوا ان الهبة لذى الرحم المحرم وللزوج كالصدقه عليهم لقوله عليه السلام ان المسلم اذا أنفق على أهله نفقة يحتسبها فهى له صدقه ـ والصدقه لايرجع فيها باتفاق فكذلك الهبه لهم[٣] .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث . وقد استدل الذهبون الى جواز الرجوع من الوالد اذا كانت الهبة لولده أو بنته الكبيرين ـ أو الصغيرين مالم يقل أنه أعطاهما بقصد ثواب الاخر. فان قال ذلك فانه لايرجع والأم ترجع اذا وهبت ولدها الصغير مادام أبوه حيا ـ ولا رجوع لها فيما وهبت ولدها الكبير مطلقا ـ استدلوا بما يلى :

(١) بماروى عن طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم قال لايحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده ـ ومثل الرجل يعطى العطيه ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى اذا شبع قاء ثم رجع فى قيئه رواه الخمسة وصححه الترمذى[٤] .

ووجه الدلاله منه أن الرسول عليه السلام نفى الحل عن رجوع الرجل فى هبته ونفى الحل معناه الحرمة الا الوالد يعطى ولده على التفصيل الذى رآه .

....

(١) الهداية جـ٣ ص١٦٧ ، نيل الاوطار جـ٦ ص١٠ (٢) راجع الهدايه جـ٣ ص١٦٧
(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٣٤ (٤) نيل الاوطار جـ٦ ص١٠

(٢) واستدلوا على ماذهبوا اليه من تفصيل ـ بأن الهبة اذا خرجت فمخرج الصدقة كأن كانت لولده الصغير اذا قال اعطيت رجاء ثواب الاخره ـ وكما اذ وهبت الأم للفصغيرمات أبوه . فاذا كانت كذلك فلا رجوع له لانها تكون صدقة والصدقه لايوجع فيها فكذلك الهبة اذا خرجت مخرجها .

المناقشـة :

أولا : مناقشه أدلة المذهب الاول ـ وقد نوقشت أدلة المذهب الاول الذى لايرى الرجوع فى الهبة الا للوالدين مطلقا . بمايلى .

(١) يقال لهم ان الآيتين عامتان خصصتهما الأدلة التى تدل على جواز الرجوع عن الهبة اذا كانت لذى رحم غير محرم أو لأجنبى .

(٢) ان ماذكرتم من جواز الرجوع للوالد من ولده ـ أن هذا ليس رجوعا حقيقيا ولكنه أخذ من مال ولده بمقتضى الاباحة الممنوحة له بقوله عليه السلام مرويا عن عائشه رضى الله عنها قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من . كسبكم رواه الخمسة ـ وفى لفظ ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئا(١) ـ رواه احمد ـ فاذا أخذ الوالد شيئا مما وهب لولده فلا يعتبر ذلك رجوعا .

(٣) وحتى على فرض أنه رجوع فيما اقتضته مصلحة خاصة كالتأديب ونحوه .

(٤) ونوقش استدلالهم بما روى عن طاوس . أن مقتضى تشبيه الرجوع فى الهبة بالكلب يعود فى قيئه لايدل على التحريم . وذلك لان الكلب غير متعبد بفعله فالعود فى القئ ليس حراما(٢) .

وأن نفى الحل لايستلزم الحرمة ولكنه يدل على الكراهة ولا ضرر فى ذلك .

وقد ردت هذه المناقشه بمايلى :

(١) ان الحديث الذى ذكرتم أنه يدل على عدم الرجوع اذا كانت لذى رحم محرم وجوازه اذا كانت الأجنبى أورحم غير محرم أوأحد الزوجين للآخر . هذا الحديث يقول الحافظ عنه ان سنده ضعيف(٣) .

....

(١) نيل الاوطار جـ٦ ص١١ (٢) انظر المحلى جـ٩ ص١٣٥ والمرجع السابق

(٣) نيل الاوطار جـ٦ ص١٠

ويقول عنه ابن حزم انه ضعيف لانه عن معاوية بن صالح ـ وهو ليس بالقوى[1].

وحديث هذه صفته لا ينهض للاحتجاج به فضلا عن تقييده مطلق الكتاب او تخصيص عامه .

(٢) ورد قولهم ان هذا ليس رجوعا حقيقيا لان للوالد ان يأخذ من مال ولده . بأن الاباحة الممنوحة للوالد عامة بالنسبة لجميع مال الابن وليس خاصا بالرجوع فى الهبة فهذا غير ذلك .

(٣) ورد قولهم ان الرجوع على فرض التسليم به يكون للتأديب أو لمصلحة أخرى رد ذلك بأنه لايلزم من جواز الرجوع للوالد للتأديب أوللمصلحة أن لايكون له حق . الرجوع بمقتضى الادلة الدالة على ذلك .

(٤) رد قولهم ان التشبيه بالكلب لايدل على الحرمة بأنه يدل على التحريم وفيه زيادة المبالغة فى الزجر . وذلك كقوله عليه الصلاة والسلام فيمن لعب بالنرد شير فكأنما غمس يده فى لحم خنزير[2].

كما أن قولهم ان نفى الحل لايستلزم الحرمة بل يستلزم الكراهة قول غير مسلم لانفى الحل يتبادر منه الحرمة وما يتبادر أولى مما لايتبادر ـ ولئن سلم أنه يدل على الكراهة فى بعض أحواله الا أنه هنا يدل على التحريم بدليل قوله عليه السلام ليس لنا مثل السوء .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى ـ وهو مذهب الحنفية .

(١) رد استدلالهم بالحديث الذى يقضى بصحة الرجوع اذا كانت الهبة لأجنبى أو لذى رحم غير محرم بأنه حديث ضعيف كما سبق القول عن الحافظ ـ وعن ابن حزم ـ فى مناقشة أدلة المذهب الاول فلا يصح الاحتجاج بها ولاتصلح لتخصيص الكتاب ـ وعلى فرض صلاحيتها فان الشافعية يرون أن الكتاب لايخصص بالسنة . وقال ابن الجوزى حديث سمرة لايصح[3] .

....

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٣٣ (٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٠

(٣) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٠

(٢) ورد استدلالهم بالقياس حيث قاسوا الزوج والزوجة على الرحم المحرم وأنهم قاسوه بجامع أن . فى كل معروف . والمعروف صدقه يقال لهم ان كانت العلة مطردة فلماذا لاتجعلوها شاملة لذى الرحم غير المحرم - بل وغيره من الناس لان الرسول عليه السلام قال كل معروف صدقه - ولقوله الله تعالى - ولاتنسوا الفضل بينكم (١) . وان لم تكن العلة مطردة فلا تصلح جامعا بين المقيس والمقيس عليه .

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث .

يرد على الملكية ماورد على أصحاب المذهب الاول ويرد عنهم بما يرد به عن أولئك . فلا يعيده .

ولكنهم ذهبوا الى تفصيل لم ينهض دليل لانه قياس منهم فى مقابلة النص ومعلوم أن القياس فى مقابلة النص باطل .

التـرجيح :

وبعرض الادلة - ومناقشتها على نحو ما سمعت أو قرأت يتضح لك بعد مناقشتها ورد مالم يسلم من هذه المناقشه يتبين لنا ترجيح مذهب الشافعية والحنابلة - ومن معهم لسلامة دليلهم وقوته وضعف أدلة المذاهب الاخرى .

والله ولى التوفيق .

....

(١) المحلى لابن حزم جـ٩ ص ١٣٤

الفصل الثالث من الباب الثاني

الوصيه وفيه مباحث :

المبحث الأول

في تعريفها ـ وبيان مشروعيتها والدليل عليها

أولا : التعريف لغة واصطلاحا :

الوصية في اللغة . مأخوذة من وصى بوزن وعى . بمعنى ـ اتصل ووصل ومنه وصت الارض وصيا ووصيا ووصاءة ـ أى اتصل نباتها ـ ووصيت الشئ بالشئ أوصيه وصلته به ثم استعملت الوصية في التقدم الى الغير بما يطلب منه على وجه الاستمرار مقترنا بوعظ أو بما يشبهه من وسائل التأثير والحمل على الاستجابه سواء أكان مطلوبا حال حياة الطالب أم بعد وفاته وذلك لما يتضمنه هذا الطلب من استمرار العمل وتواصله .

وقد استعمل القرآن المادة في الأمرين جميعا فاستعملها في الطلب حال الحياة في مثل قوله تعالى ـ ووصيا الانسان بوالديه احسانا (١) . وقوله تعالى ـ ذالكم وصاكم به لعلكم تتقون (٢) . وقوله . ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب يابنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون (٣) .

واستعملها في الطلب بعد الوفاة في مثل قوله تعالى . كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خير الوصية للوالدين والأقربين (٤) . وقوله تعالى . من بعد وصية يوصى بها أو دين .

وكما استعملها في الأمور المادية استعملها كذلك في الأمور الأدبيه مثل قوله تعالى . وأوصاني بالصلاة والزكاة مادامت حيا (٥) . وقوله ووصينا الانسان بوالديه احسانا . وقوله ـ ووصى بها ابراهيم نبيه ـ ويعقوب يابنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون . وكما في الحديث الشريف مازال جبريل

. . . .

(١) الايه ١٥ من سورة الاحقاف (٢) الايه ١٥٣ من سورة الانعام
(٣) الاية ١٣٢ من سورة البقرة (٤) الايه ١٨٠ من سورة البقرة
(٥) الاية ٣١ من سورة مريم

يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه .

وأما فى لسان الفقهاء فقد تباينت فيها عباراتهم .

(١) فقد عرفها — الحنفية — كما فى الهدايه بأنها تمليك مضاف الى مابعد الموت . وهذا التعريف غير جامع لانه لا يشمل الوصية لجهة ليست أهلا للتملك مثل الوصية لبعض جهات البر .

(٢) وعرفها الكاسانى بأنها اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد الموت .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصد الى بيان أثر الوصية وهو الحق المترتب عليها ولكنه أهمل بيان الوصية باعتبارها سببا من جهة الموصى يترتب عليها حق فى تركته .(١)

(٣) وعرفها أبو الخطاب من الحنابلة بأنها تبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث .(٢)

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير مانع من دخول الغير فيه فكل عطايا المريض مرض موت يتوقف نفوذها على خروجها من الثلث فليس هذا فصلا خاصا بالوصية .

(٤) وعرفها المالكيه . بأنها عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده .(٣)

ويلاحظ على هذا التعريف أنه وصف العقد بأنه يوجب حقا وهى ليست كذلك عندهم لأن للموصى أن يرجع فيه حال حياته فهو اذن ليس بواجب ولو عبر بمنشىء حقا بدل يوجب حقا لكان أولى فى نظرى .

(٥) وعرفها الشافعيه . بأنها تبرع بحق مضاف . ولو تقديرا لما بعد الموت وليس التبرع بتدبير ولا تعليق عتق .(٤) وهذا التعريف أولى فى نظرى لتضمنه القيود التى تخرج التدبير والعتق وسلامته مما ورد على غيره .

<u>لمحة موجزه عن تاريخ الوصية :</u>

الوصية نظام قديم عرفه الانسان منذ العصور الخالية . فقد عرفه الرومان من أقدم العصور . الا أنه كان يسير عندهم على أسس بعيدة عن الرحمة والعدالة فقد كان لرب العائلة حق التصرف المطلق فى المال من غير أن يكون على تصرفه

....

(١) أحكام الوصية بحوث مقارنه للشيخ على الخفيف ص ٣
(٢) الشرح الكبير للمقدسى جـ٦ ص٤١٤ بهامش المغنى
(٣) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص ٤٢٢
(٤) مغنى المحتاج شرح المنهاج جـ٣ ص٣٩

أى قيد . فكان اذا أراد أن يحرم أولاده أو أقاربه من الميراث عمد الى أجنبى فاتخذه فى وصيته وارثا وحرم بذلك أولاده من كل شئ . ونظام هذا أثره فانه يعتبر من عوامل افساد الصلة بين الاسرة وقطع المودة التى تكون بينهم . خاصة اذا أضفنا الى ذلك أن هؤلاء الأولاد كثيرا ما يكونون قد شاركوا فى تكوين هذه التركة . لذا فقد أدخلت على هذا النظام بعض التعديلات التى تحد من جور المورث فقد تقرر أن يكون للفروع الذين يظلمون بحرمانهم من الميراث من غير مبرر الحق فى رفع دعوى تسمى دعوى الوصية الجائرة وتنبنى هذه الدعوى على أن الموصى لم يكن حين الوصية فى سلامة من عقله اذ جاءت وصية مخالفة لما يوجبه التقوى وصلة الرحم ـ الا أن هذه الخطوه ـ وان قربتهم من العدالة بعض الشئ الا أنها لم تسد الباب على التحايل على الوارث .

فقد كان يلجأ فى كثير من الاحيان بعد ثبوت حق الاعتراض الى اتخاذ أولاده وأقاربه ورثة ثم يوصى بأمواله الأجنبى ونيكلفهم تنفيذ ذلك . وبهذا يخرجون من التركة وليس لهم منها الا مجرد عنوان الورثة .

ولهذا انتهى الأمر بوضع تشريع سنة ٤٠ ق.م يوجب على الشخص أن يحتفظ لأولاده بربع تركته ميراثا بشرط الا يكونوا قد أتوا فى سلوكهم معه بما يوغر صدره ايغارا شديدا .

الوصية عند العرب :

لقد كان العرب يباشرون الوصية ولكن على نحو يتجافى مع الانصاف والعدل اذ كانوا يسلكون بها مسلكا غريبا فقد كانوا يوصون للأجانب تفاخرا ومباهاة ويتركون الأقارب فريسة للفقر والحاجة حتى لقد تجاوزوا الوصية بالأموال ونحوها الى الوصية بالبكاء عليهم بعد موتهم وتعداد مآثرهم وذكر شمائلهم (1) . فلما جاء الاسلام لم يكن ليذر الناس على ما هم عليه حتى يميز الخبيث من الطيب . ويقول كلمته فى كل أمر من أمور الحياة فبين علاقة الانسان بربه وعلاقته مع نفسه وبالكون

....

(١) الوصية فى الشريعة الاسلامية عيسوى احمد عيسوى ط الثانية ص٩ ــ ١١ وانظر الوصايا فى الفقه الاسلامى محمد سلام مدكور .

الذى يعيش فى رحابه وعلاقته بأولاده وأقاربه والناس جميعا مسلمهم وكافرهم فكان تشريعه فى الوصية تقوية لعلاقة الود ودعما لروابط الرحم وقضاء على أسباب العداوة والشحناء .

الدليل عليها – وحكمة مشروعيتها :

أما الدليل على الوصية فهو من الكتاب والسنة والاجماع .

(١) أما الكتاب :

(أ) فقوله تعالى – كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين .

ووجه الدلالة من الآيه – أن الله تعالى قد فرض على كل امرئ تنزل به أسباب الموت ومقدماته وعنده مال أن يوصى بقدر منه للوالدين والأقربين وسوف نعرض لهذه الآية مرة أخرى فى الكلام على حكم الوصية .

(ب) وقوله تعالى – من بعد وصية يوصى بها أو دين فكما أثبت الله للورثه حقهم ورسم الطريق التى بها يحصل كل وارث على حقه من التركه . بين أن ذلك يأتى بعد تنفيذ الوصايا وسداد الديون .

(٢) وأما السنه :

(أ) ماروى عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصى فيه الا ووصيته مكتوبة عند رأسه (١) .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول عليه السلام قد أخبر بأنه ليس من حق الانسان الذى يؤمن بمشروعية الوصية أن يبيت ولو مدة قليله الا أن تكون وصيته مكتوبة عنده . ولذا يقول ابن عمر لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك الا وصيتى عندى .

(ب) ماروى عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم قال – ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم رواه الدارقطنى (٢) .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٢ (٢) المرجع السابق

والوجه منه أن الرسول عليه السلام قد أخبر بأن الله قد تفضل على الانسان فجعل تصرفه نافذا فى ثلث مايترك من مال بعد أن تعلق حق الورثه بالثلثين رحمة به ليتدارك بعض مافاته ويحصل به ما لم يستطع تحصيله فى الحياة .

(٣) وأما الاجماع :

فان الفقهاء قد أجمعوا على أصل مشروعيتها وأنها كانت واجبة فى الابتداء ثم اختلفوا بعد ذلك هل نسخ الوجوب الى الندب ام أن الوجوب مازال باقيا ؟. وهذا يتضح فى المبحث الثانى

حكمة مشروعيتها :

والحكمة من تشريع الوصية أن الانسان قد جبل على حب المال والضن به طالما كان فى سعة من الحياة وبحبوحة من العيش وكثيرا مايحمله حرصه على المال أن يقصر فى كثير من الحقوق التى أوجبها الله عليه ... أو ندبه اليها حتى اذا ما أحس بدنو أجله . وقرب رحيله راوده الندم على مافات وناداه هاتف من داخل نفسه بضرورة اصلاح هذا الخطأ وجبر هذا النقص . وتلبية لهذا النداء الوجدانى أبقى الحليم بعباده الرحيم بهم الباب مفتوحا وجعل تصرفاته نافذة فى ثلث ماله . ليحقق به مايريد ثم انه قد يكون للأنسان قرابة لايرثون لسبب أو لآخر فجعل لهم الله جزءا من هذا المال حقا لهم على ما سيأتى بيانه تعويضا عما فاتهم وجبر الخطاهم ودعما لروابط الأخوة والمحبة بينهم .

المبحث الثاني

حكمها

اتفق الفقهاء على أن الوصية كانت واجبة فى ابتداء مشروعيتها وأنها واجبة على من كانت لديه أمانات - أو ودائع أو كانت عليه ديون فواجب عليه أن يوصى باخراجها حتى يخرج من عهدة ماوجب عليه أداؤه، ولم يتمكن منه .

ولكننا حين ندقق النظر فى وجوب الوصية بأداء الأمانات أو تسديد الديون وما إليها نجد أن وجوب الوصية ليس وجوبا ذاتيا لها - وانما وجوب ذلك بأدلة أخرى مثل قوله تعالى - ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها . وقوله تعالى . ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .

ووجوب الوصية فى هذه الأحوال لتعينها طريقا للخروج من عهدة ماوجب عليه بعد أن يعجز عن الوسائل الاخرى خصوصا اذا لم يكن هناك على الحق الواجب بينة (1) .

وأما ماعدا ذلك فقد اختلفوا فيه على فرقتين :

(١) الفرقة الأولى : تقول ان الوصية مندوبة وقد تعتريها الاحكام الخمسة واليه ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعيه والحنابله .

(٢) الفرقة الثانية : قالت ان الوصية واجبة الا أن هؤلاء القائلين بالوجوب انقسموا الى ثلاثة آراء .

(أ) الرأى الأول : يرى أنها واجبة للأقارب غير الوارثين فان أوصى للقريب الوارث أو للأجنبى ردت الى القريب غير الوارث . واليه ذهب ابن حزم - والحسن والحسن وطاوس . وغيرهم (٢) .

(ب) الرأى الثانى : يرى أنها واجبة للوالدين والأقربين مطلقا سواء أكانوا وارثين أم لا . واليه ذهب أبو مسلم الأصفهانى وجماعة .

....

(1) انظر بحوث مقارنة فى الوصية للشيخ على الخفيف ص٢٩٦

(٢) انظر المحلى لابن حزم جـ٩ ص ٣١٥ - والقرطبى ص١٦٤ ط دار الشعب نيل الاوطار جـ٦ ص ٣٤

(جـ) الرأى الثالث : يرى أنها تجب للقريب ويبقى للأجنبى ما أوصى له به .

الأدلـة :

ولكل رأى أدلة على ما رأى نوردها كما يلى .

أولا : أدلة الجمهور القائلين بالندب استدلوا بما يلى من الكتاب والسنة والقياس .

(١) أما أدلتهم من الكتاب .. فقوله تعالى ـ كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين .

ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى قد أوجب على المكلفين اذا نزلت بهم أسباب الموت وظهرت عليهم أعراضه وقد تركوا أموالا وكانت لديهم أمانات أو ودائع أو حقوق تعلقت بذمتهم . أن يوصوا بأداء ذلك حتى يخرجوا من عهدة التكليف والوصية حينئذ فرض عليهم فأما غير هذا فقد قالوا ان الآيه دلت على الوجوب برهة من الزمن ثم نسخ الوجوب ـ يقول الأمام الشافعى ـ ان الله أنزل آيه الوصية ـ وآية المواريث فاحتمل أن تكون الوصية باقية مع الميراث واحتمل أن تكون آيات المواريث ناسخة للوصايا . وقد طلب العلماء ما يرجح أحد الاحتمالين فوجدوه فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أصحاب المغازى أنه قال عام الفتح لا وصية لوارث وهو وان كان خبر آحاد ـ الا أن الأمة قد تلقته بالقبول واجمعت العامة على القول به[(١)] . وقد نزل الامام الشافعى هذا المنحى ليتفادى القول بنسخ السنة للكتاب فان مذهبه أن السنة لا تنسخ الكتاب[(٢)] . وعلى هذا التأويل فلا تكون الآيه دالة على الوجوب فيبقى الندب وقال جماعة ان الآيه منسوخة بالحديث أو به مع مجموع آيات المواريث .

ووجهها جماعة آخرون بتوجيه آخر غير القول بالنسخ فقالوا :

ان الآيه محكمة لا نسخ فيها ـ والمراد بها ـ كتب عليكم اذا أراد أحدكم الوصيه أو أن كتب بمعنى قدر[(٣)] . وقالوا يؤيد ذلك ما جاء فى نفس الآية الكريمة من قوله تعالى بالمعروف اذ المعروف لا يكون واجبا ـ وقوله حقا فالحق هو الثابت بثبوت نظر لا ثبوت وجوب [illegible] وقوله تعالى ـ على المتقين لان ما يكون واجبا لا يكون

....

(١) نيل الاوطار جـ٦ ص ٣٩ (٢) انظر الام جـ٤ ص٢٧ ط دار الشعب

(٣) القرطبى ص ٦٣٣ ط دار الشعب

خاصا بالمتقين وحدهم ولكنه يكون على الجميع (١) .

ثانيا: من السنة — واستدلوا من السنة بمايلى .

(١) ماروى عن ابن عمر رضى الله عنه قال . ماحق امرئ مسلم يبيت ليلتين له شئ يريد أن يوصى فيه الا ووصيته مكتوبة عنده (٢) .

ووجه الدلالة من الحديث أن الوصية لو كانت واجبة لما أسندها الرسول الى ارادة الموصى لأن الواجب مايلتزم به المكلف أراد أم لم يرد . ولئن سلم جدلا أنه يدل على الوجوب . فانه يكون محمولا على ماحملت عليه الاية فتكون واجبة على من عنده أمانات أوعليه حقوق فى ذمته .

(٢) ما روى عن عائشه رضى الله عنها . فانها أنكرت أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى وقالت متى أوصى؟ وقد مات بين سحرى ونحرى . فقد دل هذا الأثر على أنها قد نفت وقوع الوصية من الرسول صلى الله عليه وسلم فاذا أنكرت عائشه وهى من هى فقها وملازمة للرسول صلى الله عليه وسلم فقد دل هذا على عدم وقوع الوصية من الرسول ولو كانت واجبة لفعلها الرسول لكنه لم يفعل فدل ذلك على عدم الوجوب .

(٣) ماروى ابن عباس رضى الله عنهما قال مات رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يوص فلو كانت الوصية واجبة ماتركها الرسول وما خفى حكمها على فقيه فى مقام ابن عباس .

ثالثا: بالقياس :

قالوا ان العطايا لاتجب منجزة فى حال الحياة فلا تجب مضافة لما بعد الموت بجامع أن كلا منهما تبرع .

ثانيا : أدلة ابن حزم ومن معه — القائلون بوجوبها للقريب غير الوارث وترد اليه اذا خرجت عنه استدلوا بمايلى من الكتاب السنة : أما الكتاب .

أولا : فقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خير الوصية للوالدين والأقربين (؟) .

....

(١) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ١ ص ١٩٠ ومابعدها
(٢) نيل الاوطار جـ٦ ص ٣٩

والوجه من الآية أن الله كتب على من حضرته الوفاة وكان عنده مال أن يوصى منه للوالدين والاقربين ثم جاءت آيات المواريث فبنت نصيب المذكورين فيهما من التركه • ونفى الرسول الوصية للوارثين ، فبقيت دلالة الآية على وجوب الوصية لمن عدا هؤلاء • فاذا حصلت فى غيرهم استردت منهم اليهم

ثانيا : من السنة • ما روى الطحاوى وابن عبد البر انه صلى الله عليه وسلم قال • لا يحل لامرئ مسلم له مال يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده •(١)

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول نفى الحل عن المؤمن أن يمكث مدة وجيزة الا ووصيته مكتوبة عنده • ونفى الحل معناه الحرمة •

ثالثا : أدلة أصحاب القول القائل بوجوبها للوالدين والأقربين مطلقا • وهو أبو مسلم الاصفهانى ومن معه استدلوا — بالآية أيضا — وهى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت الخ •

ووجه استدلالهم من الآية — أن الآية محكمة غير منسوخة لان الناسخ يجب أن يكون معارضا للمنسوخ بحيث لا يمكن الجمع بينهما — وهنا الأمر ليس كذلك فليس بين آيات المواريث وآية الوصية أى تعارض لما يأتى •

أولا : لأن هذه الآية ليست مخالفة لآيات المواريث بل هى مقررة لها — والمعنى كتب ما أوصى الله به من توريث الوالدين والأقربين فى قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم فقد كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين والأقربين بتوفير ما أوصى الله به لهم عليهم •

ثانيا : أنه لا منافاة بين ثبوت الوصية للأقربين وثبوت الميراث • فالوصية عطية من حضره الموت والميراث عطية من الله تعالى فالوارث جميع له بينهما بحكم الآيتين •(١)

رابعا : واستدل القائلون بالوجوب للأقرباء ولا تسترد من الأجنبى بل تبقى له على خلاف قول ابن حزم استدلوا على ذلك بما روى أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فأقرع الرسول صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين

....

(١) نيل الأوطار جـ٦ ص٣٤ وانظر المحلى لابن حزم جـ٩ ص ٣١٥

(٢) تفسير آيات الاحكام للأساتذة محمد عرفه — عبد السلام العسكرى — احمد حميده ، ص ١٢٦

وأرق أربعه [1] .

ووجه الدلالة من الخبر أن الوصية لو كانت واجبة للأقربين واذا جعلت فى غيرهم بطلت لما أجازها الرسول فى العبدين لان عتقهما وصية لهما . وهما غير قريبين . وحيث أمضاها الرسول لهم فقد دل ذلك على أنها اذا جعلت فى الأجنبى لاتسترد [2] .

ودليلهم على الوجوب هو الاية على الوجه الذى ذكره أصحاب الوجوب على ماسبق بيانه .

<u>المناقشـــــة :</u>

<u>أولا</u> : مناقشة أدلة الجمهور وقد نوقشت أدلة الجمهور على النحو التالى .

(١) أ ـ أن الدعاء النسخ غير مسلم لأن النسخ يصار اليه اذا حصل تعارض بين النصين . ولا تعارض من حيث موجب كل منهما ـ اذ من الجائز أن يكون الشارع قد أراد أن يجمع للوارث بين الوصية له فى حدود الثلث وبين الفريضة التى فرضت له بالمواريث وذلك عندما يترك الانسان خيرا يتسع لمثل هذا المعروف خصوصا اذا ما كان للوارث على المورث أياد تستحق المكافأة ورد الجميل . وعليه فلا يصح القول بالنسخ مع عدم التعارض بين آيات الوصية وآيات المواريث .

وأما القول بأن الناسخ هو الحديث فغير مسلم أيضا ـ لانه حديث آحاد وحديث الآحاد لاينهض ناسخا للمتواتر على الصحيح ـ ثم كيف يجوز أن يكون ناسخا للقرآن ـ وهو لم يصل الى المستوى الذى يجعله مقبولا لدى الشيخين البخارى ومسلم ؟

ولا يصح القول بأن الناسخ هو الاجماع ـ لأن الاجماع لاينسخ القرآن ـ لأنه لايكون الا عن مستند ويبعد بعيد أن يترك ناسخ القرآن الذى أجمع عليه فينسى ويبقى أثره [3] .

(ب) حتى على فرض التسليم بالقول بالنسخ وهو بعيد كما ترى فاننا لانسلم أن نسخ الوجوب يستلزم الندب بخصوصه كما هو مدعاكم ـ وانما نسخ الوجوب يستلزم الجواز الشامل للندب والاباحة والكراهة فلا دليل فى الاية على مدعاكم .

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٤٢ (٢) تفسير آيات الاحكام المذكور ص ١٢٥

(٣) بحوث مقارنة فى الوصية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٣٠

(٢) أ ـ ثم ان ما ادعيتم من أن الاية محكمة ويكون معناها فرض عليكم اذا أراد أحدكم فهو اشتراط لم تدل عليه الاية لا منطوقا ولا مفهوما ـ وكيف يكون مفروضا اذا وكل لارادة المكلف الأتيان بـه وعدم الاتيان بـه ؟

(ب) وادعاؤكم أن كتب بمعنى قدر غير متبادر انما المتبادر هو كتب بمعنى فرض ولا معنى للوجوب الا هذا كما فى قوله تعالى ـ كتب عليكم الصيام .

(٣) وماذكر من أن قوله تعالى بالمعروف يؤيد عدم الوجوب فمردود لان معنى المعروف العدل الذى لا شطط فيه ولا تقصير كما فى قوله تعالى ـ وعلى المولود لـه رزقهن وكسوتهن بالمعروف فانه لا خلاف فى وجوب الرزق والكسوة وكقوله تعالى ـ وعاشروهن بالمعروف .

وكذلك فقوله تعالى ـ حقا ـ فالحق هو الثابت ـ والثابت أعم من أن يكون على جهة الجواز أو اللزوم وكذلك لا يقدح فى الوجوب جعلها على المتقين . لانه واجب كل انسان أن يكون متقيا بقوله تعالى يا أيها الذى آمنوا اتقوا الله فلا خلاف بين المسلمين فى أن تقوى الله واجبه .

وأقل ما تقتضيه الايه وجوبها على المتقين وليس فيها نفيها عن غيرهم كما فى قوله تعالى هدى للمتقين فليس فيه نفى أن يكون هدى لغيرهم فاذا وجبت على المتقين فقد وجبت على الجميع ـ لأن واجب الجميع أن يكون متقيا (١) .

ثانيا : مناقشة السنة .

(١) يرد استدلال الجمهور بحديث ابن عمر ـ ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين الخ . بأن المراد بالحق هو الشئ الثابت ويراد به فى لسان الشارع ما يثبت به الحكم ـ وهو أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا فلا يدل على دعوى الندب بخصوصها .

ثم وعلى فرض أنه يدل على الندب فهو معارض برواية ابن عبد البر والطحاوى التى جاء فيها لا يحل لامرئ مسلم وهى تدل على نفى الحل . ونفى الحل يدل على حرمة الترك وهذا هو معنى الوجوب .

....

(١) راجع احكام القرآن للجصاص جـ١ ص١٩١ ، ١٩٢

(٢) ويرد استدلالهم بما روى عن عائشه وابن عباس رضى الله عنهما — أولا — أنها أقوال صحابة فهى على فرض صحتها ليست بحجة — كما سبق — ثانيا — ولئن سلمت حجيتها فالمراد بالوصية الوارده خصوص الوصية بالخلافة . بدليل أنه عليه السلام أوصى فقد روى أن عبد الله بن عتبه قال — لم يوص رسول الله صلى الله عليه وسلم — الا بثلاث — لكل من الداريين والرهاويين ولا الاشعريين بجاد مائة وسق من خيبر — وأن لا يترك فى جزيرة العرب دينان — وأن ينفذ بعث أسامة — وقد ثبت أيضا أنه أوصى فى مرضه فقد أوصى عائشه باتفاق الذهبيه (قطعة من الذهب)(١) .

(٣) ورد القياس : بانه قياس باطل اذ هو فى مقابلة النص — والقياس فى مقابلة النص باطل .

ثانيا : مناقشه أدلة القائلين بالوجوب .

(١) نوقش استدلالهم بالاية بأنها لا تدل على الوجوب وان كانت مصدرة بالفعل كتب لان كتب بمعنى قدر . كما فى قوله تعالى — كتب عليكم القصاص فى القتلى — وليس القصاص واجبا أو أن كتب بمعنى فرض ولو . أن المراد كتب عليكم اذا أردتم .

ثانيا : سلمنا — أنها تدل على الوجوب — ولكن هذا الوجوب منسوخ بالايات التى بينت المواريث أو بها وبالحديث لا وصية لوارث .

ثالثا : سلمنا — أنها تدل على الوجوب — وأن الوجوب غير منسوخ — فهى محمولة على من كان عليه دين . أو فى ذمته حقوق فواجب عليه أن يوصى .

(٢) ويرد على قول من قال ببقاء الوجوب فى حق غير الوارثين ونسخه فى حق غيرهم هذا السؤال . ما مرادكم بالنسخ ؟ أتريدون معناه الاصطلاحى الذى هو رفع حكم شرعى بدليل شرعى متأخر ؟ اذا أردتم ذلك فغير مسلم لانكم تقولون ان الحكم قد رفع فى حق الوارثين وبقى فى حق غير الوارثين ومثل هذا لا يسمى نسخا بل تخصيصا وان أردتم معناه اللغوى . وهو الازالة فهو غير مسلم كذلك — لان الحكم باق فى حق غير الوارثين وان أردتم معناه العام الذى يطلق على التخصيص فهو مسلم ولا يضرنا لان التخصيص يسمى نسخا على قول المتقدمين

....

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٤

ثانيا : مناقشة الحديث .

ونوقش استدلالهم برواية الطحاوى وابن عبد البر وهى قوله (يحل الخ) أنه ليس المراد بنفى الحل - ما يقتضى الحرمة لجواز أن يكون الراوى روى الحديث بالمعنى وأراد بنفى الحل الجواز بالمعنى الأعم . لذى يدخل تحته الواجب والمندوب - والمباح .(١)

والدليل العام على لا يدل على فرد من أفراده بخصوصه - فهو محتمل والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال يسقط به الاستدلال .

ويقال لهم أيضا - لا دليل لكم على أنها اذا كانت لأجنبى ردت فليس فى دليلكم مايدل عليه ويتوجه الى قول أبى مسلم أننا نمنع أن تكون آية البقرة مقررة لآية النساء وذلك لأن سياق آيات النساء يدل على تأخرها عن آية البقرة فتكون ناسخة لها . وكيف تكون آية البقرة مقررة وهى فى الوصية لآية النساء وهى فى الميراث وهما متباينان فهذه وصية الله وتلك وصيه الانسان .

وعلى فرض عدم المنافاة فانه لا نسخ بل ماوقع هو تخصيص ودعوى النسخ غير مسلمة كما سبق ويقال لأصحاب الرأى الثالث الذى أجاز ابقاءها للأجنبى ان الحديث على فرض تسليم وجه الدلالة الذى ذكرتم فانه ليس قاطع الدلالة على ما تقولون لاحتمال أن تكون هذه الواقعه قد حدثت قبل نزول الآية التى قصرتها على الوالدين والأقربين .

الترجيح - وبيان المختار :

بالنظر فى أدلة كل فريق وبيان ماورد عليها يتبين لنا أن القول بالنسخ على ما ذهب اليه الجمهور غير مسلم وعليه أكثر من مطعن . وحتى على فرض التسليم بالقول بالنسخ فانه لا يدل على الندب بل على الجواز عموما كما سبق .

كما أن قول من قال ان الآية محكمة فهى توجب الوصية لجميع الأقرباء وارثين وغير وارثين قول غير شديد لانه لا أقل من حمل العام - وهو آية الوصية

....

(١) نيل الاوطار جـ٦ ص٣٤

على الخاص فى آيات المواريث فيخرج من حكم وجوب الوصية من ذكرت فى آيات النساالنصباؤهم لانه اذا ورد عام وخاص فى موضوع واحد حمل العام على الخاص.

ثم ان الدليل الذى ساقه أبو مسلم وهو حديث الاعبد يحتمل أن يكون قبل نزول الاية التى قصرت وجوب الوصية على الوالدين والأقربين لانه اقتصار فى مقام البيان فيفيد الحصر . وهو دليل محتمل .(١)

وعلى الجملة فكل الأدلة لم يسلم من المناقشه والايراد الا أن أقلها مؤاخذة فى نظيرى وأقربها الى الوجه السديد من الايات هو قول من قال بوجوبها للوالدين والأقربين اذا كانوا غير وارثين فقط . وفى هذا اعمال للدليلين من غير تعسف واعمال الدليلين أولى من أهمالهما أو اهمال أحدهما - ولو قلنا بهذا القول - ما احتاج الفقهاء المتأخرون الى القول بالوصية الواجبه .

....

(١) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٢٩

المبحث الثالث

أركان الوصية .

بعد أن عرفنا الوصية وذكرنا حكمها . نتكلم على أركانها بما يحقق أنها سبب من أسباب التملك صارفين النظر عن تناول ماوراء ذلك لأن هذا يتطلب رسالة مستقلة .

تعريف الركن : والشرط

الركن فى اللغة مايركن اليه وفى اصطلاح ما كان داخلا فى الماهية وهو جزء منها وذلك مثل الركوع والسجود فى الصلاة وهذا بخلاف الشرط فهو فى اللغة العلامة .

وفى الاصطلاح : مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم لذاته كالطهارة بالنسبة للصلاة فهى تتوقف عليها وليست جزءا منها ولايلزم من وجودها وجودها لجواز امتناع ذلك لوجود مانع .

الركن الأول : الموصى :

والموصى هو الشخص الذى يصدر منه الايجاب بشروطه التى ستأتى .

والشروط التى تشترط فى الموصى لكى تصح منه الوصية هى .

(١) التكليف ومعناه أن يكون بالغا عاقلا . فلا تصح وصية المجنون — وهذا رأى عامة الفقهاء — ماعدا اياس بن معاذ الذى يقول — ان وصية الصبى والمجنون صحيحة اذا وافقت الحق وهذا ليس بصحيح . اذا لاحكم لكلامهما ولاتصح عبارتهما ولاوزن لتصرفاتهما (١) . فأما من يفيق فى بعض الاحيان وهو مايطلق عليه ذو الجنون المتقطع فانه اذا أوصى حال افاقته فانها تصح .

وأما السكران ففيه أراء ثلاثة الأول . وهو قول الجمهور أنها لاتصح لأنه غير عاقل فأشبه المجنون . الثانى . وصحح الحنفيه وبعض الفقهاء وصية السكران ان سكر بمحرم تغليظا عليه واعتبارا لقصده فأما اذا سكر بغير محرم كأن شرب المسكر على أنه الدواء فبان أنه الخمر أو جهل أنه مسكر فان وصيته تكون باطلة

....

(١) انظر الشرح الكبير للمقدسى ج ٦ ص ٤١٩

الثالث : أنها صحيحة مطلقا .. قياسا على طلاقه[1] .

والأول – أولى بالقبول في نظري أولا لان هناك فرقا بين الطلاق والسكر فالتغليظ عليه واضح في ايقاع طلاقه اذ أثره مقصور عليه فأما في الوصية فانه لاضرر عليه بل الضرر واقع على ورثته بل ربما كان له في الوصية بعض المنفعة بخلاف الطلاق .

ثانيا – فان هناك فرقا بين السكران بالتعدى – والسكران بغيره – فالسكران بالتعدى قد رصد له الشارع العقوبة المقررة لمرتكب هذه الجريمة وهى الجلد وليس من هذه العقوبة التغليظ عليه بانفاذ تصرفه – وعلى ذلك فان القول الأول هو الأولى لانه على كل حال فاقد الاهلية فلا عقل له حاضر والانسان لايلزم الا بما يحميه ويعقله .

ومن شروط التكليف البلوغ – وهذا شرط قال به بعض الفقهاء منهم الحنفية والظاهريه وقال بعدم اشتراطه بعض آخر منهم الشافعية والمالكية والحنابلة .

فقد قال الشافعية : تصح الوصية من الصبى المميز اذا كانت بالمعروف .

وقال المالكية . ان وصية الصبى المميز صحيحة اذا كانت بغير محرم ولم يكن فى كلامه اختلاط لان ذلك أمارة نضج عقله .

أما الحنابلة فعندهم روايتان فى صحة وصية الصبى اذا لم يجاوز عشر سنين أصحهما – أنها تصح اذا كان مميزا – والأخرى أنها لاتصح فأما من جاوز عشر سنين فوصيته جائزة اذا وافقت وجه الحق .

الأدلـة :

(١) وقد استدل المانعون لصحتها بقوله تعالى – وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم .

ووجه الدلالة من الآية . أن اليتامى قبل بلوغ النكاح ممنوعون من التصرفات الماليه والوصية تصرف مالى فيمنعون منها .

واستدلوا كذلك من السنة بقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاثه وذكر منهم الصغير حتى يكبر[2] فدل ذلك على عدم قبول تصرفاته أو نفاذها .

....

(١) المرجع السابق (٢) انظر المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣١ – ٣٣٢ والهداية جـ ٤ ص ١٧٤

(٢) واستدل المجيزون فى الجملة بما روى أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لاخواله فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأجاز وصيته (١) . فقد أجاز عمر وصيته وهو لم يبلغ بعد فدل ذلك على أنها صحيحة نفذه .

والراجح فى نظرى - هو ماذهب اليه المانعون لان النص يشهد لهم ولأن الوصية تبرع كالهبة وهو ممنوع منها وماذكره المجيزون غير مقبول لان فى الاثر الذى استدلوا به اضطرابا فقد روى وهو ابن عشر سنين وروى وهو ابن اثننى عشرة سنة وهذا اضطراب يفقد هذا الأثر قيمته من ناحية الاستدلال به على أن هذا الأثر لايقطع بأن الصبى كان غير بالغ لان الصبى فى هذه البيئة الحاره قد يبلغ فى هذه السن . أو أنه كان ضعيف البنية فقد رواله سنه بأنه ابن عشر سنين على أنه على فرض التسليم بصحته فهو قول صحابى وهو ليس بحجة .

(٢) الشرط الثانى . أن يكون الموصى حرا فلا تصح الوصية من العبد لانه لايملك شيئا اذ هو ومافى يده ملك لسيده - ولان فاقد الشئ لايعطيه .

الا أن الحنفية يرون أن المكاتب وهو من علق عتقه على أداء قدر متفق عليه من المال لسيدة أنه تصح وصيته اذا أضافها الى مايملكه بعد العتق بأن يقول اذا عتقت فثلث مالى لفلان فلو عتق ثم مات وكان له مال فللموصى له ثلثه . والأول - أولى بالقبول لانه حال الوصية ليس أهلا للوصية .

(٣) أن يكون الموصى مالكا للموصى به فلو كان غير مالك للموصى به فلا تصح وصيته به ومن ذلك الفضولى فان وصيته تكون باطله لانه غير مالك وهذا بخلاف بيعه كما مر .

(٤) أن يكون الموصى مختارا لانها ايجاب للملك أو ما يتعلق بالملك بعد الموت فلابد فيها من الرضا كايجاب الملك بسائر أسبابه الأخرى كالبيع والهبة ونحوها .

(٥) فاذا استكملت شروط الصحة بقى شرط لنفاذها وهو أن لايكون الموصى مدينا بدين مستغرق لجميع ماله فأما اذا كان مدينا بدين مستغرق لجميع ماله كانت

. . . .

(١) الشرح الكبير للمقدسى جـ ٦ ص ٤١٧ - ٤١٩ - والمغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٥٢٦

وصية صحيحة فى ذاتها لانها تصرف ممن توافرت فيه شروط الصحة فى مال قابل لهذا التصرف - غير أن هذا المال قد تعلق بـه حق للغير - وهو الدائن وهذا الحق مقدم فى الوفاء على الوصية بالاجماع . فتكون الوصية فى هذه الحالة موقوفة على اجازة أصحاب الحق فاذا أجازوها نفذت لان عدم النفاذ كان بسبب تعلق حقهم بالمال فاذا أسقطوا حقهم زال المانع وكذلك تنفذ اذا ابراء أصحاب الديون من الدين ، أو تبرع انسان بقضائه[1] .

وصية المحجور عليه للسفه :

ذهب الفقهاء فى جواز الوصية من المحجور عليه للسفه مذهبان :

(١) المذهب الأول : يرى صحتها واليه ذهب المالكية وأحد قولى الشافعيه وأصح الروايتين عن الحنابلة[2] . وأجازها صاحبا أبى حنيفة بشرط أن تكون فى وجوه الخير كأن يوصى بقطعة أرض لبناء مسجد أو مدرسة .

(٢) المذهب الثاني : يرى عدم الجواز واليه ذهب أبو حنيفة وابن حزم الظاهرى .

الأدلــة :

وقد استدل كل على ما ذهب اليه على النحو التالى .

أولا : أدلة الجمهور القائلين بعدم جواز وصية السفيه استدلوا بما يلى .

(١) من الكتاب الكريم لقوله تعالى - ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما الخ .. ووجه الدلالة من الآية - أن الله منع السفيه من التصرف فى ماله - والوصيه تصرف مالى فيكون ممنوعا منه .

(ب) وبقوله تعالى - فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل .

ووجه الدلالة من الآية أن الله قد جعل للسفيه وليا - يلى شئونه الماليه فدل ذلك على أنه غير عن التصرف فى أمواله . وقد نهى الله الأولياء عن اعطاء السفهاء الأموال . وأسندها الى الجماعة اعتناء بكمال المحافظة عليها واشعارا بأثر تصرف السفهاء على الاقتصاد القومى للأمة .

....

(١) راجع الهدايه شرح البدايه جـ٤ ص ١٧٣
(٢) الشرح الكبير للمقدسى بهامش المغنى ص ٤١٦ - ٤١٧

ثانيا : دليل المجيزين لها ـ وهم أبو حنيفة وابن حزم ·

قالوا ـ ان السفيه بالغ عاقل ـ فتصح وصيته قياسا على الرشيد فكما تصح الوصية من الرشيد فانها تصح من السفيه ـ وقالوا ـ ان الوصية محض مصلحة للسفيه ولا يترتب عليها أى ضرر · لانه ان عاش فلن يذهب من مال شئ وان مات فهو محتاج الى ثوابها فكانت محض مصلحة فتصح وصيته قياسا على صحة عبادته (1) ·

الترجيح :

وبالنظر فى المذهبين ودليل كل منهما ـ نجد أن المذهب الأول ـ وهو مذهب الجمهور القائل بعدم الجواز أولى بالقبول لأن الدليل عليه نص من الكتاب ودليل الرأى الثانى ـ القياس والقياس فى مقابلة النص لا يقبل ·

وصية المرتد :

ولا تشترط فى الموصى · أن يكون مسلما فتصح وصية غير المسلم كالمسيحى واليهودى بما سبق متى استوفت شرائط صحتها ـ الا انهم اختلفوا فى وصية المرتد ـ وكان خلافهم على ثلاثة آراء ·

(١) الرأى الأول : يرى أنها صحيحة نافذة من المرتد ـ واليه ذهب صاحبا أبى حنيفة والحنابلة سواء أكان الموصى رجلا أو امرأة وقد شرط الحنابلة أن تكون فى غير محرم ·

(٢) الرأى الثانى : فرق بين الرجل والمرأة حيث صحح وصية المرأة دون الرجل واليه ذهب أبو حنيفة ·

(٣) الرأى الثالث : يرى أنها صحيحة موقوفة فان مات على الردة بطلت وان عاد الى الاسلام كانت ماضية ـ واليه ذهب الشافعيه ·

الأدلة :

وقد استدل كل على ما رآى بأدلة نوردها على الوجه التالى ·

(أ) دليل الرأى الأول ـ استدل أصحاب الرأى الأول بالقياس ـ فقالوا ان المرتد كالكافر بجامع أن كلا منهما ليس بمسلم وقد صححنا وصية الكافر فتصح وصية المرتد قياسا عليه ·

························

(1) المرجع السابق

(ب) واستدل المفرقون بين الرجل والمرأة فقالوا .

ان الرجل يقتل اذا ارتد واستتب فلم يتب . فلا تصح وصيته لأنه لا يقر على ردته بخلاف المرأة فانها لا تقتل بل تحبس فتصح وصيتها .

(جـ) واستدل أصحاب الرأى الثالث : فقالوا – ان الوصية تصرف صادر ممن هو أهل له غاية الأمر أن ماله موقوف فان رجع الى الاسلام رجع ماله له فتكون وصية صادرة ممن هو أهل لها فتصح . فان مات على الردة بطلت لانه بموته على الردة بان أن ماله ليس له .

الراجح – والمختار:

والراجح فى نظرى – ما ذهب اليه القائلون بصحتها مع الوقف .

(أ) لان قياسه على الكافر قياس مع الفارق لان الكافر يقر على كفره بخلاف المرتد فانه لا يقر على ارتداده .

(ب) وأن التفرقة بين الرجل والمرأة – لا دليل عليه من كتاب أو سنة اذ أن الدليل على قتل المرتد عام يتناول الرجل والمرأة فى قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه فلم يخص رجلا من امرأة . وللمساواة بينهما فى كل الحقوق – والواجبات الشرعية الا فيما رجع الى خصائص كل منهما من حيث الذكورة والأنوثة مثل اسقاط الصلاة عن الحائض والنفساء – واجواز الافطار للمرضع والحامل وليس مثل هذه الأمور . الأمور الاعتقادية .

(جـ) ولأن ملكه غير مستقر فقد قلنا بوقف هذا التصرف مع القول بصحته لصدوره ممن هو أهل له فان عاد الى الاسلام بان استقرار ملكه والا كانت الوصية باطله .

المبحث الرابع

الموصى لـه

يشترط فى الموصوص لـه شروط لابد من تحققها حتى تصح الوصية له وهى كمايلى

(١) يشترط فى الموصى له أن يكون معلوما فاذا كان مجهولا جهالة لاتمكن ازالتها كانت الوصية اليه باطلـه وذلك لان الوصية تمليك عند الموت فلا بد أن يكون المملك معلوما فى ذلك الوقت اذ المجهول لايملك حقا ـ وهذا رأى جمهور العلماء .

ويرى أبو يوسف ـ ومحمد ـ أنه اذا أوصى لأحد هذين الرجلين تكون الوصية صحيحة ـ ويقول أبويوسف ـ يكون الموصى بينهما نصفين ـ ويقول محمد الورثة بالخيار فى تعيين أيهما يكون هو الموصى لـه . ووجهة قول أبى يوسف ـ أن الموصى اذا مات قبل أن يعين ـ شاعت الوصية للرجلين وليس أحدهما بأولى من الاخر قياسا على ما اذا أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان فان العتق فى هذه الحالة يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل منهما نصفه .

ووجه قول محمد ـ أن الايجاب قد وقع صحيحا ـ لأحدهما ـ وهو وان كان مجهولا ـ الا أن جهالته مما يمكن ازالتها ولهذا لوعين الموصى بعد ذلك صح تعينه لأحدهما فاذا توفى قبل أن يعين فقد عجز عن التعيين بنفسه واذا عجز قام وارثه مقامه فى ذلك كما يقوم مقامه فى تعيين الموصى بـه .

الراجح :

الا أن الراجح ـ هو ما ذهب اليه الجمهور ـ لان الوصية لم تصادف محلا صالحا للتملك فلا تصح أصلا[(١)] . وما قاله أبو يوسف ومحمد هو تفريع على الصحة وهو غير مسلم ومحل النزاع هل تصح أم لا . وبناء على هذا قال علماء الحنفية لاتصح الوصية لمن لايحصى ـ الا اذا كان فى لفظ الوصية ما ينبئ عن حاجة الموصى لـه ـ كأن يوصى للفقراء من طلبة العلم أو ليتامى قرابته . فأما اذا كانوا لايحصون ولم يكن فى عقد الوصية ماينبئ عن حاجتهم كان الموصى له مجهولا جهالة تمنع من صحة الوصية اليـه .

....

(١) انظر بحوث مقارنه فى الوصية للشيخ على الخفيف ص ٣٢ ـ ١٢٤

(٢) كما يشترط في الموصى له أن يكون موجودا عند انشاء الوصية مطلقا سواء أكان محصورا أو كان غير محصور والى هذا ذهب الحنفية والشافعية ووجهتهم فيما ذهبوا اليه • أن الوصية تمليك يقتضى متملكا •

وقال المالكية تصح الوصية للمعدوم قياسا على الوقف على من سيولد من ولده أو ولد فلان فالوصية تصح من باب أولى حيث تصح بالمعدوم والمجهول ولذا عرفوا الموصى له عندهم بأنه — من يصح تملكه حالا أو مآلا • ولو حكما فتصح الوصية للحمل الذى سيحدث مستقبلا وتكون غلة العين الموصى بها لورثه الموصى قبل استهلال الموصى له وقالوا انها تصح للميت اذا علم الموصى بموته وتصرف الوصية فى سداد ديونه أو لورثته (١) •

وقال الحنابلة ان وجود الموصى له ليس بمشروط اذا كان لجهات البر (٢) •

ووجهتهم فى ذلك — أن الوصية تعتبر وصية فى سبيل الخير والغرض منها انفاق المال فى سبيل الله فكان الموصى له فى الحقيقة هو جهات البر على الأطلاق وهى موجودة عند الوصية •

والأولى بالقبول فى نظرى هو قول الحنابلة لان المدار فى اشتراط هذا الشرط أن يصادف التمليك متملكا — أو من يصح تملكه بنفسه أو بوليه — وهذا متحقق فى جهات البر حيث انها متعدده وموجودة فى اطار عام هو سبيل الله • بخلاف ما اذا كان الموصى له معينا فانه يشترط وجوده •

ولان ما ذهب اليه المالكية لاوجه له حيث قاسوا الوصية على الوقف لان هناك فرقا بين الوصية والوقف فان الوقف يراد به الدوام فمن ضرورته اثباته للمعدوم وتفارقه كذلك من حيث ان الوصية قد أجريت مجرى الميراث فالحاقها به أولى . معلوم أنه لو مات الميت لم يرثه من الحمل الا ما كان موجودا وقت الموت فكذلك الوصية •

(٣) أن لا يكون الموصى له جهة معصية كأن يوصى بقطعة أرض لتكون ناديا للقمار أو لتبنى كنيسة لان الوصية مشروعة ليتدارك بها الانسان ما فاته لاليزداد اثما على اثم فاذا كان الموصى له جهة معصية وقعت باطلة •

....

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٤٢٣ (٢) كشاف القناع جـ٢ ص٥١٣

(٤) أن لا يكون الموصى له حربيا .. وقد اختلف الفقهاء فى الوصية له .[1]

(أ) فذهب الى صحتها اليه الحنابلة وقول لدى الشافعية ووجه عند المالكية

(ب) وذهب الحنفية والقول الاخر عند الشافعية والمالكية أنها لا تصح له .

الأدلـة :

وقد استدل كل على ماذهب اليه على الوجه التالى .

دليل أصحاب المذهب الأول :

(١) استدلوا بما روى عن اسماء بنت أبى بكر رضى الله عنها أنها قالت للرسول عليه السلام أتتنى أمى وهى راغبة أى عن الاسلام أفأصلها ؟ قال نعم .

(٢) ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال يارسول الله كسوتنيها وقد قلت ماقلت فى حلة عطارد فقال عليه السلام أنى لم أعطكهـا لتلبسها فكساها عمر أخا لـه مشركا بمكه .

(٣) قالوا ـ ان الوصية للحربى تصرف لمن هو أهل للتملك فتقع صحيحة .

ثانيا : أدلة القول الثانى ـ استدلوا بمايلى .

(١) بقوله تعالى ـ انما ينهكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ـ وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون .[2]

ووجه الدلالة من الاية أن الله تعالى قد نهى عن موالات المقاتلين والذين أخرجوا المسلمين من ديارهم وأى موالاة أكبر وأى مناصرة أقوى من أن يحيى الانسان المحارب لـه بالمال فيوصى لـه ؟

(٢) واستدلوا كذلك بقوله تعالى ـ ياأيها الذين آمنوا لا يتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالموده وقد كفروا بما جاءكم .

والوجه من الاية أن الوصية للحربى فيها موالاة لأعداء الله وموالاة أعداء الله منهى عنها فتكون الوصية للحربى منهيا عنهـا .

والراجح ماذهب اليه أصحاب القول الثانى الذى يرى عدم صحتها للحربى . للنص الصريح على عدم موالتهم وفى الوصية موالاة واعانه لهم على المسلمين فلا تصح .

....

(١) الشرح الكبير للمقدسى بهامش المغنى جـ٤ ص٤٦٦ حاشية قليوبى وعميره جـ٤ ص ١٥٨ ، والشرح الكبير للدسوقى جـ٤ ص ٤٢٦ (٢) الايه ٩ من سورة الممتحنه

وما ورد من الآثار عن عمر وأسماء فانه يحتمل أن يكون كل من أم أسماء وأخي عمر كانا مستأمنين أو أن الحادثتين وقعتا قبل نزول الآيات والدليل المتحمل لا يصح به الاستدلال .

الوصيـة للقاتـل :

يشترط أن لا يكون الموصى لـه ـ قاتلاً ـ وقد اختلف الفقهاء فى اشتراط هـذا الشرط على مذهبين .

(١) المذهب الأول : قال يشترط فى الموصى له الا يكون قاتلا للموصى ـ واليه ذهب الحنفية وقول للشافعية ورواية للحنابلة والمالكية قالوا بذلك فيما اذا علم الموصى بالقاتل فغير الوصية أو لم يعلم .

(٢) المذهب الثاني يرى صحة الوصية للقاتل واليه ذهب الشافعية فى الأصح عندهم ورواية للحنابلة ووافقهم المالكية فيما اذا علم بمن قتله ولم يغير الوصية أي أوصى بعد الضرب مع علمه بأن الموصى لـه هو الضارب .

الأدلـة :

وقد استدل كل مذهب على ما ذهب اليه بأدلة نوردها على الوجه التالى .

أولا : أدلة المذهب الأول المانع ـ استدلوا بما يلى من السنة والقياس .

(أ) أما من السنة فقوله عليه السلام ـ لا وصية لقاتل (١) . والوجه منه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نفى الوصية للقاتل ـ ولا يتأتى نفى الذات فيتوجه النفى الى ما هو أقرب اليها وهو نفى الصحة فتكون الوصية للقاتل غير صحيحة .

(ب) واستدلوا بالقياس فقالوا ـ الوصية كالميراث بجامع أن كلا منهما مال ينتقل من الميت الى غيره والميراث للقاتل باطل فتبطل الوصية لـه . لان كلا منهما استعجل شيئا أخره الله بفعل محظور فاستحق أن يحرم منه .

ثانيا : دليل المجيزين :

واستدل المجيزون الوصية للقاتل بالقياس فقالوا . الوصية للقاتل صحيحة قياسا على الوصية للكافر بجامع أن كلا منهما مذنب ذنبا عظيما فاذا جازت للكافر الذى هو

....

(١) نصب الراية جـ٤ ص ٤٠٢ ط أولى

ذنبه أعظم من القاتل جازت للقاتل من باب أولى .

المختار وترجيحه :

والمختار ماذهب اليه - أصحاب المذهب الأول - القائل باشتراط عدم القتل لورود النص به وهو وان كان فى سنده مقال الا انه قد عهد فى الشريعة أن من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه وقياس القاتل على الكافر قياس مع الفارق اذ جناية الكافر على نفسه فأما جناية القاتل فهى على غيره ولكل منهما أحكام تخصه .

هل يعتبر هذا الشرط نفاذ أم شرط صحة ؟

اختلف القائلون باشتراط عدم القتل من الموصى له - فى التكييف الفقهى لهذا الشرط هل هو شرط صحة أم شرط نفاذ ؟

(أ) يقول الأمام أبويوسف وجماعة انه شرط صحة وبناء عليه فان الوصية للقاتل باطلة سواء أكان للموصى ورثة سوى القاتل أم لا وسواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا - لان المنع فى هذه الحالة لحق الشارع بسبب تلك الجريمة فيحرم من الوصية كما حرم من الميراث.

(ب) ويقول الأمام أبوحنيفة ومحمد - انه شرط نفاذ لان المنع من الاستحقاق كان لحق الورثة فان لم يوجد ورثة أو وجدوا ولكنهم أسقطوا حقهم بالأجازة زال المانع فتنفذ الوصية .

ولكن الراجح ماراه أبو يوسف ومن معه لان القول بالمنع مقيس على الميراث ولان المنع منهما عام لا تفصيل فيه - وورود النص فيه يرجح أن المنع لحق الشارع لا لحق الورثة .

لانه استعجل شيئا قبل أوانه فعاقبه الله بحرمانه .

القتل المانع :

والقتل المانع من صحة الوصية أو نفاذها هو القتل الذى يوجب قصاصا أو كفارة وهذا يتناول . (أ) القتل العمد (ب) شبه العمد (جـ) الخطأ (د) ماجرى مجرى الخطأ

(أ) فالقتل العمد هو أن يتعمد ضربه بما يقتل غالبا - كما اذا تعمد ضربه بسلاح أو مايجرى مجراه فى تفريق الاجزاء أو بعصا غليظة من شأنها أن

تقتل غالبا ــ وهذا رأى أبى حنيفة . أما رأى الجمهور ومعهم صاحبا أبى حنيفة أن العمد ــ هو أن يتعمد ضربه بما يقتل غالبا ــ وان لم يكن محددا .

(ب) وشبه العمد ــ أن يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا كالعصا الصغيرة .

(جـ) وأما الخطأ ــ فهو أن يقتله من غير أن يقصده بل يكون المقصود بالفعل شيئا آخر كمن يرمى صيدا فينحرف السهم ويصيب انسانا ــ فهذا خطأ فى الفعل أو يرمى شبحا يظنه صيدا فاذا هو انسان وهذا خطأ فى القصد .

(د) وأما ما جرى مجرى الخطأ فهو الفعل الذى يجرى من غير قصد أصلا كنائم ينقلب على شخص فيقتله وكمن يقع من مكان مرتفع على غيره فيقتله ففى كل هذه الاحوال يكون القاتل ممنوعا . من الوصية فأما اذا كان القتل لا يستوجب قصاصا ولا كفارة فانه لا يمنع من استحقاق الوصية وهذا يشمل ما يأتى .

(أ) القتل بحق كالقتل قصاصا   (ب) القتل الواقع من غير المكلف

(جـ) القتل بعذر   (د) القتل بالتسبب

فالقتل بحق كأن كان جلادا وأوقع القصاص بحكم الحاكم او قتله باغيا والقتل من غير المكلف كالمجنون والصبى لا يمنع لان فعلهما لا يتعلق به حكم والقتل بعذر كما فى حالة الدفاع الشرعى وهو الدفاع عن النفس والعرض والمال ــ اذا تعين طريقا الى ذلك ــ والقتل بالتسبب كمن حفر بئرا فى الطريق العام أو فى ملك غيره فتردى فيه الموصى ومات .

رأى المالكية فى بعض هذه الأنواع :

ولقد خالف جماعة من الفقهاء على رأسهم المالكية فى القتل بالتسبب والقتل الخطأ ــ والجارى مجراه فقالوا ــ ان القتل بالتسبب ــ يمنع من استحقاق الوصية لأنه يصدق عليه أنه قاتل عرفا وحقيقة ولانه تتوفر فيه العلة التى تمنع من استحقاق الوصية ــ وهى أنه استعجل شيئا قبل أوانه فوجب أن يعاقب بحرمانه .

والخطأ وماجرى مجراه لم يعتبراهما ــ ما نعين من الاستحقاق لان اثم الخطأ قد رفع عن المخطىء بقوله تعالى ــ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن قلوبكم (١) ــ وبقوله عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه

....

(١) الآيه ٥ من سورة الأحزاب

فاذا أعفى من اثم الخطأ بحكم الله تعالى فلا معنى لمؤاخذته به اذ هو فعل لا قصد له فيه .

وقول المالكية قول سديد بلا شك يتمشى مع الواقع ويتلائم مع النصوص والقواعد الفقهية

الوصية للوارث :

(٦) ويشترط فى الموصى له كذلك ـ الا يكون وارثا ـ للموصى .. وقد اختلف الفقهاء فى صحة الوصية لوارث على مذهبين :

(١) المذهب الأول : يرى أنها باطلة واليه ذهب جمهور المالكية والمزنى من الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة (١) . وبناء على هذا تكون اجازة الورثة هبة مبتدأة يجب فيها مايجب فى الهبة من شروط .

(٢) المذهب الثانى : يرى أنها صحيحة موقوفة على اجازة الورثة فهو على هذا شرط لنفاذها لا لصحتها بخلاف الاول فان أجازها الورثة نفذت وان لم يجيزوها بطلت وان أجازها بعضهم دون بعض نفذت فى حصة من أجاز وبطلت فى حصة من لم يجز (٢) .

الأدلة :

وقد استدل كل على ماذهب اليه بأدلة نوردها فيما يلى .

أولا : أدلة القائلين بالبطلان للوارث استدلوا بمايلى . من السنة والمعقول .

أما السنة فيما روى عن عمر بن خارجة أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها وان لغامها يسيل بين كتفى فسمعته يقول ـ ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث رواه الخمسة الا أباداود وصححه الترمزى (٣) .

وأما من المعقول فقالوا ـ ان الرسول قد بين أن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فاذا قلنا بصحة الوصية للوارث فانه يكون قد أخذ غير حقه وهذا لايجوز .

....

(١) الشرح الكبير للدسوقى جـ٤ ص٤٢٧ حاشية الباجورى جـ٢ ص١٠٤ المحلى لابن حزم جـ٩ ص٣١٦ المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٤١٩ (٢) انظر بداية المجتهد جـ٢ ص٣٢٩ نيل الاوطار جـ٦ ص٤١ (٣) نيل الاوطار جـ٦ ص٣٩ والجرة بكسر الجيم وتشديد الراء مايخرجه البعير فيأكله ثانية وأنا تحت جرانها مقدم عنقها ولغامها لعابها تقصع تبتلع نفس المرجع ص٤١

فتكون الوصيـة للوارث باطلـه .

ثانيا : واستدل القائلون بجوازها بما يلى من الكتاب والسنة والمعقول .

(١) أما الكتاب ـ فقوله تعالى ـ كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين ـ

ووجه الدلالة أن الله تعالى قد شرع الوصية للوالدين والاقربين مطلقـا فلم يخص وارثا من غير وارث فاذا نسخ وجوبها فى حق الوارث بقى الجواز فـاذا أوصى للوارث نفذت وصيـة .

(٢) وأما من السنة :

(أ) بقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ـ ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لـوارث .

(ب) وجاءت رواية ابن عباس لتبين ذلك فـتقول ـ لاتجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة .

(جـ) ورواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاوصية لوارث الا أن يجيز الورثـــه (١) .

فهذا الحديث برواياتـه المختلفه يدل على أن الوصية للورثة صحيحة موقوفـه على اجازة الورثة لان الرواية الأولى مطلقه ـ والروايات الاخرى مقيده ـ والقاعدة أنه اذا ورد مطلق ومقيد فى موضوع واحد حمل المطلق على المقيد .

(٣) واحتجوا بالمعقول ـ فقالوا ـ ان المنع فى الاصل كان لحق الورثة فاذا أجازوا لم تمتنـع (٢) .

المختـــار :

وبالنظر فى أدلة الفريقين نجد أن أولاها بالاختيار هو القول الثانى بشرط أن يجيز الورثة لان فى الاخذ بـه اعمال للدليلين واعمال الدليلين أولى من اهمالهما أو اهمال احدهما ـ ولان ماستدل به أصحاب القول الأول ـ عام ـ

....

(١) انظر نيل الاوطار جـ ٦ ص ٤٠ (٢) انظر المرجع السابق ـ والمغنى لابن قدامـه جـ ٦ ص ٤١٩

خصصته أدلة أصحاب المذهب الثانى .

الوصيـة بما زاد على الثلـث :

اتفق الفقهاء على أن الوصية لغير وارث تلزم فى الثلث من غير اجازة الورثـة وما زاد على الثلث موقوف على اجازة الورثة فان أجازوا نفذت والا بطلت فى قـول جميع العلماء .

واجازتهم هل تعتبر تنفيذا أو هبة مبتدأة الخلاف هنا كالخلاف فى الوصيـة للوارث .

والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكـم عند وفاتكم زيادة لكم فى حسناتكم ليجعلها زيادة لكم فى أعمالكم .

والوجه منه أن التصدق بالثلث وفى حدوده يدل على أنه لا شىء له فى الزائد عليـه .

وما روى من أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين وأرق أربعة فهذا يدل على أن تصرفه باطـل فيما زاد على الثلث ـ الا أن يجيز الورثة لان الحق لهـم (١) .

وقت تقدير الثلـث :

عرفنا أن الوصية لغير الوارث تنفذ فى الثلث من غير توقف على اجازة الورثة على البيان الذى مضى .

ولكن متى يقدر الثلث؟ هل يجرى تقديره وقت الوفاة ـ أم يكون عند القسمة؟ من المتفق عليه أن التركة المدينة يقدر الثلث فيها بعد البراءة . أو سداد الدين لان حق الدائن مقدم على حق الموصى لـه والوارثة بالاجماع .

فأما اذا كانت التركة غير مدينة فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى الوقت الذى يقدر فيه الثلث على رأيـين :

(١) الرأى الأول : يرى أن تقدير الثلث يكون يوم القسمة وفوز الانصباء واليه ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلـة .

....

(١) انظر نيل الاوطار جـ ٦ ص ٤٣ القرطبى جـ ٧ ص ٢٦٤ ط دار الشعب ـ الام جـ ٤ ص ٣٣ ط دار الشعب ـ والمغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٢٧

(٢) **الرأى الثانى :** يرى أن تقدير الثلث ووقت اعتباره يكون وقت الوفاة واليه ذهب الشافعية وأبو الخطاب من الحنابلة .

ووجهة نظر الأول - أن وقت القسمة هو وقت استقرار الملك - وتنفيذ الوصية واعطاء كل ذى حق حقه فوجب اعتباره من هذا الوقت لاقبله .

ووجهة نظر الثانى - أن الملك يثبت بالقبول مستندا الى وقت الوفاة فيجب أن يكون تقدير الثلث من هذا الوقت لابعده .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما يحدث من زيادات أو نقص فى قيمة التركة فعلى الرأى الأول تكون الزيادة للجميع - والنقص عليهم جميعا - و

وأما على الثانى فان الزيادة التى تطرأ على الموصى به تكون للموصى له - ولاتحسب من الثلث لانها نماء ملكه (١) .

وقت الاجازة والرد من الورثة :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن الاجازة التى تصدر من الورثة لاتكون معتبرة وملزمة للمجيز الا بعد موت الموصى فلو أجاز الورثة - أو ردوا فى حياة الموصى كان ذلك غير معتبر منهم - وثبت لهم حق الاجازة أو الرد بعد الموت لأن تملك الورثة للتركة لايثبت الا بالموت فاعتبار اجازتهم أو ردهم لايكون الا بعد ثبوته لهم .
ولانه قبل وفاة الموصى لايعرف من هو وارث على وجه اليقين حتى تقبل منه اجازة أورد لانه يجوز أن يموت أحدهم قبل موت الموصى فيتغير الوضع حيث يصير الوارث محجوبا وبالعكس وقد يرتكب أحدهم ما يقتضى حرمانه من الميراث .

وذهب بعض الفقهاء كالحسن وعطاء والزهرى والأوزاعى وابن أبى ليلى الى أن الاجازة أو الرد فى حياة الموصى جائزة لان الحق لهم فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضى المشترى بالعيب (٢) .

....

(١) انظر المبسوط للسرخسى جـ ٢٨ باب الوصية - الشرح الكبير للدسوقى جـ ٤ ص ٤٢٧ ومغنى المحتاج جـ ٣ باب الوصية - وانظر الشرح الكبير للمقدسى جـ ٦ باب الوصية بهامش المغنى (٢) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٢٨

وذهب المالكية الى التفصيل فقالوا — اذا أجازوا له فى صحة فلهم أن يرجعوا. وان كان فى مرضه لزمت الاجازة بشروط :

(١) أن يكون فى مرض الموصى الذى مات منه .

(٢) وأن لا يكون الوارث معذورا فى الاجازة كأن يكون فى نفقة الموصى فيجيز مخافة قطعها عنه أو لأجل دينه الذى عليه أو لخوف سلطان الموصى عليه .

(٣) وأن لا يكون المجيز ممن يجهل أن له الرد والاجازة (١) .

والراجح :

ماذهب اليه الجمهور لانهم حين يجيزون أو يردون انما يتصرفون فى حق لم يثبت لهم بعد فلا يلزمهم كالمرأة اذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه فى الشفعة قبل البيع — ولانها حالة لايصح فيها ردهم فلم يصح اجازتهم وتجب ملاحظة أن الرد والاجازة ممن يجوز منه ذلك فأما الصبى والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح منهم اجازة لانها تبرع بالمال وهو ممنوع منه (٢) .

....

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص٤٣٧، بلغة السالك جـ٤ ص٤٧١ ونيل الاوطار جـ٦ ص٤١ (٢) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٤٢٩

المبحث الخامس

شروط الموصى به

والشروط الواجب توافرها فى الموصى به تنقسم الى شروط صحة والى شروط نفاذ :

(أ) وشروط الصحة هى :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الأرث . أى يكون مما يصلح محلا للتعاقد حال حياة الموصى .

(٢) وأن يكون موجودا عند انشاء الوصية ان كان معينا بالذات لان تعين ذات الموصى به يقتضى وجوده اذ لا تعين لشئ معدوم .

فان لم يكن معينا بالذات بل كان شائعا فى ماله كأن يوصى بثلث ماله أو ربعه فالشرط وجوده عند موت الموصى لانه وقت تنفيذ الوصية .

(٣) وأن يكون الموصى به مملوكا للموصى عند انشاء الوصية .

(ب) وأما شروط النفاذ فهي مايلي :

(١) أن لا يجاوز الموصى به الثلث فان جاوز الثلث كانت الوصية صحيحة موقوفة على اجازة الورثة كما سبق القول . فان أجازو انفذت والا فلا . هذا اذا كان له وارث اما اذا لم يكن له وارث خاص فهل يجوز له أن يوصى بجميع ماله أو لا ؟

اختلف الفقهاء فى جواز الوصية بالمال كله على رأيين :

(١) الرأى الأول : يرى أنه يجوز لمن لم يترك وارثا خاصا أن يوصى بجميع ماله واليه ذهب الحنفية ورواية عند الحنابلة[1] .

(٢) الرأى الثاني : يرى أنه لايجوز له ذلك بل ليس له أن يجاوز الثلث .

وقد استدل كل من الفريقين بأدلة نوردها على الوجه التالى :

أولا : أدلة القائلين بالجواز استدل القائلون بالجواز بمايلى

(١) بقوله صلى الله عليه وسلم لاتجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة[2] .

....

(١) انظر القرطبى جـ٧ ص٢٣٨ ط دار الشعب (٢) نيل الاوطار جـ٦ ص٤٠

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول نفى صحة الوصية لل وارث وعلق صحتها على مشيئة الوارث فدل ذلك على أن المنع لحق الوارث ومفهوم ذلك أن من لم يكن له وارث فله أن يوصى بجميع ماله .

(٢) ماروى أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته وفى رواية ستة رجلة له فجاء ورثته من الاعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع . فقال أو فعل ذلك ؟ لو علمنا ان شاء الله ماصلينا عليه فأقرع بينهم . فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة

والوجه منه أن الرسول رد صنيع الاعرابى حينما شكى الورثه فدل ذلك على أن هذا المنع لحقهم فأما اذا لم يكن له ورثه فالمفهوم من الحديث يدل على أن له الوصية بجميع المال .

(٣) وبقوله عليه السلام لسعد بن أبى وقاص - الثلث - والثلث كثير أو قال كبير - انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس -

والوجه منه أن الرسول عليه السلام قد أفصح عن علة المنع من الزيادة على الثلث - وهى اغناء الورثه فدل ذلك على أنه اذا لم يكن له ورثة جاز له أن يجاوز الثلث الى الكل .

واستدلوا ثانيا - بالقياس - فقالوا ان للانسان أن يتصدق بكل أمواله فى الحياة فاذا جاز له ذلك فى الحياة مع شدة احتياجه للأموال فلأن يجوز له ذلك بعد الموت من باب أولى - لأنه يكون أشد حاجة للعمل الصالح وكثرة الحسنات ولا وارث هناك يلحقه ضرر من الوصية بجميع المال .

<u>ثانيا</u>: أدلة المانعين واستدل المانعون من الوصية بجميع المال حتى ولو لم يكن له وارث بمايلى :

(١) بما روى عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم

ووجه الدلالة من الحديث أن الله جعل تصرف الانسان نافذا فى ثلث أمواله ورفع يده عن الثلثين لحق الوارث والوارث اما خاص - وهو قرابة الميت - أو عام وهم جماعة المسلمين فاذا انعدم الوارث الخاص حل محله الوارث العام فان بيت المال وارث من لا وارث له .

(٢) وبما روى من قوله عليه الصلاة والسلام . أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه (١) .

فقد دل الحديث على أن الرسول عليه السلام يرث من لا وارث له من ذوى قرابة أو رحم ومعلوم أن الرسول لا يرث لنفسه بل يوث نيابة عن المسلمين — ولأن المسلمين يعقلون عنه كالعصبة من القرابة .

المناقشة :

أولا : مناقشة أدلة المذهب الأول :

(١) نوقش استدلالهم بالحديث الأول بأن سنده معلول فقد قيل — ان عطاء الذى رواه عن ابن عباس هو عطاء الخراسانى وهو لم يسمع من ابن عباس وأن الحديث الثانى المروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده اسناده واه (٢) .

(٢) ونوقش استدلالهم بالحديث الثانى وهو حديث الستة الاعبد بأنه يدل على أن للجماعة الاسلامية حقا فى هذا المال ولها أن تتدخل لمنع الموصى من مجاوزة الثلث مطلقا سواء أكان له وارث أم لم يكن وبيان ذلك — أن الرسول عليه السلام حينما رد الوصية فيما زاد لم يقل للورثة ان من حقكم أن تردوا تصرفه فيما زاد أو تجيزوه لأنه خالص حقكم ولكنه بين أن للأمة حقا فى هذا المال فقال أو فعل ذلك ؟ لو علمنا ان شاء الله ما صلينا عليه . خصوصا — وأن هناك رواية للحديث — أن الرسول رد من غير ذكر لطلب الورثة وهذا يحتمل أنه رد لحق الدولة بوصفها وارثا . أرأيت كيف توعده الرسول بهذا الوعيد الشديد الذى كاد أن يخرجه عن حظيرة الاسلام فحيث توعده هذا الوعيد ولم يقل لهم أجيزوا أو ردوا دل ذلك على أن للدولة حقا فى هذا المال .

(٣) ورد استدلالهم بحديث سيدنا سعد بن أبى وقاص . بأن قول الرسول الى سعد انك ان تذر ورثتك ليس بيانا للعلة اذ العلة يجب أن تدور مع المعلول

....

(١) انظر حاشية الشرقاوى على التحرير جـ٢ صـ ١٦٥

(٢) نيل الاوطار جـ٦ صـ ٤٠

وجودا وعدما . وهذا لا يطرد فيما لو كان عنده عشرة من الورثة كلهم فقراء وعنده مال لا يفى بحاجتهم . وكان مقتضى هذه العلة أن لا تصح منه - لكن الجميع متفقون على أن مثل هذا الشخص يجوز له أن يوصى من هذا المال بالثلث فدل ذلك على أن هذا ليس بيانا للعلة ولكنه بيان للأولى .

ثانيا : مناقشة أدلة القائلين بالمنع من الوصية بجميع المال .

نوقش استدلالهم بحديث أبى الدرداء بأنه ضعيف كما قال الحافظ.[1]

الترجيح والمختار :

وبالنظر فى أدلة الطرفين يتضح لنا سلامة أدلة الجمهور القائلين بالمنع حيث نص الرسول عليه السلام على أنه وارث من لا وارث له ولان بيت المال يعقل عنه عند عدم وجود العاقله فكان المنطق المستقيم أن يرث بيت المال من لا وارث له . وبالتالى يكون ممنوعا من التصرف بجميع المال ويقتصر تصرفه على الثلث ويبقى الثلثان لحق بيت المال لان الغرم بالغنم[2] .

....

(١) نيل الاوطار جـ٦ ص ٣٨

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٣٠

المبحث السادس

طرق انشاء الوصية

بعد أن تكلمنا عن الوصى والموصى له ـ والموصى به نتكلم الآن عن الركن الرابع وهو الصيغة أو ما يقوم مقامها من الكتابة والاشارة .

وطرق انشاء الوصية ثلاثة :

(أ) العبارة (ب) الاشارة (جـ) الكتابة

أولا : العبارة :

وهى اللفظ الذى يعبر به الموصى عن ارادته الخفية اذ أن الارادة لاتكون مناطا للحكم الا اذا أظهرتها الصيغة أو ما يقوم مقامها .

والعبارة هى الاصل فى كشف المقاصد واظهار الرغبات وهى الطريق الطبيعى للتفاهم بين الناس فاذا قال شخص أوصيت لفلان بخمسه أفدنه أو بدارى أو بالف جنيه من مالى أو ما شابه ذلك ـ كان ذلك وصية ـ ولذا قال أكثر العلماء ان القادر على النطق لاتنعقد وصيته بالاشارة وذلك لان العبارة أقوى فى الدلالة على المراد من الاشارة فلا يعدل عن الاقوى الى الاضعف الا عند الضرورة ولا ضرورة هنا ولان العبارة هى الاصل والاشارة فرع عنها ـ ولا يعدل عن الاصل الى الفرع الا اذا تعذر الاخذ بالاصل وذلك مثل العجز الشرعى أو الحسى عن استعمال الماء فانه يعدل عنه الى التراب هذا عند الجمهور (١) .

وقد خالف المالكية فى ذلك حيث أجازوا انعقادها بالاشارة مع القدرة على النطق (٢) .

ووجه نظرهم ـ أن الغرض كما يتحقق بالنطق يتحقق بالاشارة وما دام الغرض قد تحقق بها وأفهمت أنه يريد الوصية بشىء من غير لبس أو غموض فلا مانع من انعقادها بها .

....

(١) الشرح الكبير لمقدسى جـ ٦ ص ٤٢

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٢٤ ، بلغة السالك جـ ٢ ص ٤٧٦

ثانيا : الاشارة وتنعقد الوصية بالاشارة المفهمة من الاخترس الذى ولد كذلك ولم يعرف الكتابة اتفاقا فأما اذا كان يعرف الكتابه فهناك رواية عند الحنفية بأن وصيته بالاشارة لاتنعقد . ولكن الجمهور ورواية أخرى عند الحنفية على أن وصية تنعقد بالاشارة حتى ولو كان عارفا للكتابة هذا فيمن ولد أخرس .

فأما من اعتقل لسانه ويسمى معتقل اللسان وهو من أحتبس لسانه عن الكلام بعد أن كان قادرا عليه فقد اشترط الحنفية ورواية لدى الحنابلة - أن يكون مؤوسا من استعادته القدرة على الكلام فانه يكون والحالة هذه كالاخرس .

فأما اذا لم يكن ميؤوسا من استعادته القدرة على الكلام فانها لاتنعقد باشارته ويعتبر قادرا على الكلام - وقالوا - انه لايصح قياسه على الاخرس فى هذه الحالة لان الاخرس ميؤوس منه بخلافه فيكون قياسا مع الفارق .

وذهب غيرهم من الشافعيه والمالكية ورواية لدى الحنابلة أنه تصح اشارته كالاخرس سواء بسواء.(١)

واستدل لهؤلاء ابن المنذر . بماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى وهو قاعد فأشار اليهم فقعدوا .

والوجه منه أن الرسول عليه السلام أشار اليهم بأمرهم بالجلوس وهو قادر على الكلام وليس لديه مانع حسى يمنعه فلان يكتفى بها من العاجز عنه أولى - أ ونقول ان الرسول ممنوع من الكلام فى الصلاة لانه يبطلها وابطال العمل منهى عنه بقوله تعالى - ولاتبطلوا أعمالكم - فاكتفى منه بالاشارة لاجل المانع فكذلك الاشارة المفهمة من معتقل اللسان بجامع المنع فى كل .

ثالثا : الكتابة :

ويصح انشاء الوصية بالكتابة من العاجز عن النطق اتفاقا .

وأما بالنسبة للقادر فقد اختلفت كلمتهم فى ذلك على رأيين :

(١) الرأى الأول : يرى صحتها من القادر على النطق واليه ذهب المالكية وقول للحنفية وقول للشافعية ورواية لدى الحنابلة .(٢)

....

(١) انظر الشرح الكبير للمقدسى جـ٦ ص٤٢ والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٤٢٤

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٤٢٣ وحاشية الباجورى جـ٢ ص١٠٠ - والشرح الكبير للمقدسى جـ٦ ص٤٢ والهداية جـ٤ ص١٩٨ باب مسائل شتى

وحجتهم فى ذلك ماروى أن عمر رضى الله عنه كان اذا أراد سفرا كتب وصيته وطواها وختمها ثم دفعها الى سالم بن عبدالله وقال اشهدوا على بما فيها ان حدث بى حدث فاذا قدم قبضها دون أن يعلموا بما فيها (١).

ولان الكتابة كالعبارة فى الابانة عن المراد فتصح ممن أتى بها سواء أكان قادرا أوعاجزا .

(٢) الرأى الثانى : يرى أنها لاتصح بالكتابة مع القدرة على العبارة لأن الاصل فى الدلالات كلها أن تكون بالعبارة فلا ينتقل الى غيرها الا عند العجز عنها

والأولى بالقبول ــ هو ما قاله أصحاب الرأى الاول يقول الاستاذ الشيخ على الخفيف وقد أحسن القانون صنعا اذ سوى بين النطق والكتابة وما كان ينتظر الا أن يفعل ذلك وقد أصبحت الكتابة فى الناس طريقة أساسية فى الابانة والافصاح كالنطق وأخذ الناس جميعا يتعلمونها ويرون الجهل بها نقصا معيبا لايليق بالانسان (٢). ولايخفى أن الكتابة تؤدى دورها ما فى مجالات الحياة المختلفة وحيث التعهد بها أكثر فالقول بصحة الوصية بها من القادر على النطق فيه مسايرة للتطور .

خاصة وأن هذا مروى عن عمر بن الخطاب وهو من هو فى عمق معرفته وغزارة فقهه .

الاشهاد على الكتابة :

وحيث صحت الوصية بالكتابة على ما مر بيانه فهل يشترط الاشهاد عليها أم لا يشترط ؟

رأيان للعلماء :

(١) الرأى الأول : يرى صحتها بالكتابة وحدها من غير اشهاد عليها ــ واليه ذهب جماعة من العلماء وهو رواية عن الحنابلة وقول محمد بن نصر من الشافعيه (٣).

(٢) الرأى الثانى : يرى أن الاشهاد عليها شرط لصحتها واليه ذهبت جماعة أخرى من العلماء وهو رواية عن الحنابلة والشافعية والحنفيه (٤).

....

(١) انظر الوصايا فى الفقه الاسلامى محمد سلام مدكور ص ٢٦٧ ــ ٢٦٨
(٢) بحوث مقارنة فى الوصية للشيخ على الخفيف ص ٧١
(٣) ذكره صاحب نيل الاوطار جـ ٦ ص ٣٥ (٤) الشرح الكبير للمقدسى جـ ٦ ص ٤٢٢

الأدلـــة :

أولا : أدلة أصحاب الرأى الأول القائل بصحتها من غير اشهاد استدل بمايلى .

(١) ماروى من قوله صلى الله عليه وسلم - ماحق امرئ مسلم بيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصى فيه الا ووصيته مكتوبة عنده .

والوجه منه أن الرسول عليه السلام قد ذكر أن الانسان المسلم حرى به أن لايبقى مدة وجيزة اذا كان لديه مال الا ووصية مكتوبة عنده وهذه الوصية المكتوبة هى الوصية الصحيحة النافذة ولم يذكر الاشهاد عليها فلو كان الاشهاد شرطا لصحتها أو لنفاذها - لبينه الرسول عليه السلام اذ هو بصدد بيان الوصية المعتبرة شرعا - وحيث اقتصر على الكتابة وحدها دل ذلك على صحتها بدون اشهاد عليهـا .

(٢) ماروى - أن الرسول عليه السلام كان يكتب لعماله وأمرائه فى كل شأن من شئون الامة وجرى العمل على ذلك من بعده فى حياة خلفائه الراشدين ومن بعدهم فكانوا يكتبون الى عمالهم وولاتهم بالأحكام التى يريدون ابلاغها اليهم فى الدماء والاعراض وشئون المال وغيرها من غير أن يشهدوا عليها حيث كانوا يبعثون بها مختومة لايعلم أحد غيرهم بما تنطوى عليه فاذا ثبتت صحة العمل بالكتابة وحدها فى هذه الشئون الخطيرة صح العمل بها فى الوصية من باب أولى اذ أنها يغتفر فيها مالا يغتفر فى غيرهـا .

ثانيا : توجيه الرأى الثانى - قالوا فى توجيه ماذهبوا اليه . أن الحكم لايجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة ففى الوصية كذلك بل وأبلغ منه أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهاته بخطه لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فههنا أولى (١) .

وقد ردوا - أدلة المجيزين فقالوا - ان الحديث الأول - لايدل لكم لمجرد ذكر الكتابة فليس المراد من سياق الحديث بيان جواز نفاذها بالكتابة المجردة أو المشهود عليها بل ذكر الكتابة لانها أكثر ضبطا للمشهود به والمعنى ووصية

....

(١) المرجع السابق

مكتوبة عنده أى بشروطها التى منها الاشهاد وقد اعترض على هذا بأن انصارا لا شهاد فيه بعد قاله المحب الطبرى (١) .

وقد يجاب بأنه على فرض التسليم بالبعد فان اشتراط الاشهاد مدلول عليه بأدلة أخرى . مثل قوله تعالى . شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم ـ فانه يدل على اعتبار الاشهاد فى الوصية .

ورد قياسهما هنا على ما كان يصدر من الرسول عليه السلام من الكتب الى عماله من غير أن يشهد بأن هذا ـ أولا ـ قياس مع الفارق فان ما كان من الرسول ومن صحابته على تسليم خطورته .

فانها كانت أمور لا تختص بأحد بخصوصه بل هى شئون الكافة وهى بهذه المثابه يؤمن فيها التزوير والانكار هذا فضلا عن أن الرسول عليه السلام كان يتخير لمثل هذا العمل الامناء الاكفاء فأما ما نحن بصدده فهو أمر معرض للتزوير والانكار لانه يوجد أصحاب مصلحة خاصة فى ذلك لا يؤمن اقدامهم عليه .

ثانيا : فهو قياس فى مقابلة النص والقياس فى مقابلة النص لا تقبل والنص هو قوله تعالى شهادة بينكم اذ حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان الخ .

المختار :

وبالنظر فى الأدلة ـ وتوجيهها وما ورد عليها من مناقشه يتبين لنا أن القول الأولى بالقبول ـ هو القول الثانى ـ القائل بأن الاشهاد شرط لصحتها لان فى الاشهاد عليها تأكيد لأرادتها واظهار لتصميمه على الابقاء عليها كما أن الاشهاد يساعد على كشف الدعاوى الباطله التى يمكن أن توجد فى الوصية فكثيرا مانسمع عن افتعال وصية أو تزوير كتاب بها ـ فاذا اشترطنا الشهادة كان فى ذلك حدا وتضييقا لطريق المزورين والمدعين .

....

(١) راجع نيل الاوطار جـ٦ ص ٣٥

القبول ومكانتـه بالنسبـة لصحـة الوصيـة أولزومهـا

اتفق الفقهاء فيما عدا زفر من الحنفية على أن القبول من الموصى لـه لابد منه لدخول الموصى بـه فى ملكـه وان اختلفت كلمتهم بعد ذلك فى التعبيرعنه .

فالحنفية ماعدا زفر يقولون ــ انه ركن ــ وأما زفر فيقول ان للوصية ركنا واحدا هو الايجاب فقط ــ لان ملك الموصى لـه بمنزله ملك الوارث ــ وملك الوارث لايتوقف على قبول فكذلك ملك الموصى لـه (١) .

والمالكيه والحنابلة قالوا ــ ان القبول شرط لصحتها قياسا على الهبـة (٢) .

والشافعيـه قالوا ــ ان القبول شرط للزومهـا (٣) .

والمناسب للمقام هو القول الذى قاله الشافعيه لان الوصية تشبه الهبة فى أنها لاتتم الا بعد القبول مادام ذلك ممكنا منه وتشبه الميراث من ناحية أن ملكية الموصى بـه تتم من غير توقف على القبول (٤) . وكذلك تشبهة من ناحيه وجوبها من قبل الشارع على رأى بعض الفقهاء كما سبق لذا كان الانسب للمقام جعل القبـول شرطا للزوم . وليس ركنا ــ أو شرط صحـة .

متى يكون القبـول شـرطـا ؟

لايخلو حال الموصى لـه عن واحد من اثنين ــ فأما أن يكون معينا مثل محمد وخالد ــ أو يكون غير معين واما أن يكون جهة محصورة أو غير محصـورة .

(١) فان كان الموصى له معينا مثل محمد وخالد فانـه يشترط لدخول الموصى به فى ملكه أن يقبل الوصية بنفسه ان كان من أهل القبول فان لم يكن أهلا للقبـول قبل عنـه وليـه .

وخالف الحنفية فاستثنوا من ذلك الحمل فلم يعتبروا القبول شرطا فى حصول الملك له بل قالوا يحصل الملك بموت الموصى ولايتوقف على قبول أحد لان الحمل لا يتصور منه قبول بنفسه وقبل ولادته لاولايـه لاحد عليه حتى يقبل عنـه .

....

(١) البدائع جـ٧ ص٣٣ (٢) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٤٢٤ والمغنى لابن قدامـه جـ٦ ص٤٤ ، وبداية المجتهد جـ٢ ص٣٣ (٣) الام للامام الشافعى جـ٤ ص٣٦ ط دار الشعب وانظر بداية المجتهد جـ٢ ص٣٣ (٤) الوصايا فى الشريعة الاسلامية محمد سلام مدكور ص٢٦٧

وماذهب اليه بعض الفقهاء من عدم استثناء الحمل هو أولى بالقبول وذلك لان الوصية لاتستقر ولاتصبح تامة للجنين الا اذا ولد حيا - وهذا باتفاق العلماء وعندما يولد حيا فانه يكون له ولي فيقوم مقامه في القبول. ويصير حكمه حكم القاصر

(٢) الحالة الثانية - أن تكون الوصية لجماعة غير محصورين كفقراء بلده وأيتام مكه - أوكانت للجهات العامة مثل المساجد والرابط والمستشفيات فالجمهور على أن الوصية تلزم لهذه الجهات بمجرد موت الموصى ولاتتوقف حصول الملك على قبول أحد من هؤلاء وذلك لان القبول من جميع الموصى لهم متعذر. ولايمكن اعتبار واحد منهم مكتفى بقبوله لما في ذلك من الترجيح بلا مرجح (١).

واشترط الحنفية في غير المحصورين شرطا هو أن يوجد ما يفيد حاجة الموصى لهم للوصية كالفقراء والمساكين - لان حاجة الفقراء والمساكين تعتبر قبولا حكما.

وقال الشافعية في الجهة اذا كان لها من يمثلها كمدير المستشفى وناظر المدرسة فانه يشترط قبوله فاما اذا لم يكن لهما من يمثلها فلا يشترط قبول وتتم الوصية بموت الموصى (٢).

وقت القبول أو الرد للوصية :

لايخلو الحال من أن يقع القبول أو الرد في حياة الموصى أو بعد وفاته وبعد وفاته فاما أن يقبل أو يرد قبل القبول أو بعده - وبعد القبول فاما أن يقبل قبل القبض أو بعده.

فهذه أربعة أحوال نبين حكم القبول والرد في كل حالة على النحو التالي :

(١) الحالة الأولى : أن يقبل أو يرد الموصى له في حياة الموصى فعامة الفقهاء يرون أن الرد في هذه الحالة لا أثر لها له وكذا القبول - لان القبول أو الرد لايكون الا حيث يكون له حق وفي حياة الموصى لاحق له لان الحق يثبت بعد الوفاة.

وقد خالف زفر في ذلك حيث قال - ان رد الموصى له في حياة الموصى فان الرد يكون صحيحا ويرتفع الايجاب وتبطل الوصية. وهذا بناء منه على أن ركن الوصية

....

(١) راجع المغني لابن قدامه جـ٦ ص ٢٤ - ٢٤١ والشرح الكبير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٢٤ (٢) مغني المحتاج جـ٣ باب الوصية وبهذا أخذ قانون الوصية في المادة العشرين منه

هو الايجاب فقطوبه تتم الوصية لانه يرى أن تملك الموصى له الوصية كتملك الوارث مايرثه فهما يتمان بالموت [1] .

ولكن الصحيح هو ماذهب اليه الجمهور لانه لم يملك شيئا حتى يكون من حقه التنازل عنه أو اسقاطه فاشبه ذلك اسقاط حق الشفعه قبل ثبوته .

(٢) الحالة الثانية — أن يرد بعد الموت وقبل القبول والرد فى هذه الحالة صحيح وبه تبطل الوصية اتفاقا لانه أسقط حقه فى وقت يملك فيه قبوله وأخذه فاشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

(٣) الحالة الثالثة — أن يرد بعد القبول وقبل القبض فالاحناف يرون أن الرد فى هذه الحالة وفى الحالة التى تأتى بعد وهى ما اذا رد بعد القبول والقبض أنه اذا رضى الورثة جميعا ذلك الرد فسخت الوصية وعاد الموصى به للتركة وكذا اذا قبل أحد هم لانه يقوم مقام باقى الورثة فى قبول حقهم فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم جميعا فأما اذا أبوا جميعا فلا عبرة بهذا الرد ..

فأما الجمهور ومنهم الشافعيه ورواية لدى الحنابلة على انه اذا رد بعد القبول وقبل القبض صح الرد لان ملكه لا يستقر قبل القبض فاشبه الرد قبل القبول [2] .

(٤) الحالة الرابعة — أن يرد بعد القبول — والقبض — فالحنفية كما سبق يقولون بصحته ويعتبرونه فسخا . وأما غيرهم من الفقهاء فيرون أنه الرد لا يصح لاستقرار ملكه بعد القبض فاشبه رده لسائر ملكه — الا أن يرضى الورثه فتكون هبة مبتدأة تفتقر فى تمامها الى جميع شروط الهبة [3] . واعتبار الرد فسخا محل نظر — لان الوصية قد تمت بالقبول وتأكدت بالقبض — ثم ان الموصى قد توفى فكيف يلحق عقده فسخ ؟ كما أن الورثه لم تصدر منهم وصية حتى يعتبر قبولهم الرد فسخا لذا كان اعتبار الرد هبة مبتداه أولى .

....

(١) المبسوط للسرخسى جـ٢٨ ص٤٧ — ٤٨ والبدائع جـ٧ ص٣٣١ .
(٢) المغنى لابن قدامه جـ٦ ص٤٣٨ وحاشية قليوبى وعميره جـ٣ ص١٦٦ عميره ط ط الحلبى
(٣) الوصايا فى الفقه الاسلامى محمد سلام مدكور ص٢٨٤ — ٢٨٥

حكم انتقال القبول والرد الى الورثة

علمنا ان القبول شرط للزوم الوصية وانتقال الموصى به الى الموصى له والقبول يتحقق بالقول الصريح الدال على الرضا . وقد يكون بما يقوم مقام القول فى الدلالة على الرضا - كان يقوم الموصى له بالتصرف فى الموصى به تصرفا ينبئ عن القبول كان يبيعه او يهبه - او يؤجره اونحو ذلك .

هذا القبول حق للموصى له - فهل اذا مات قبل ان يقبل او يرد ينتقل حق القبول او الرد الى الورثة ؟ ولقد اختلف الفقهاء فيما اذا مات الموصى له - وهو عالم بالوصية - ولم يعلم قبوله ولا رده بعد موت الموصى . هل ينقل حق القبول والرد للورثة أم لا ؟ وكان خلافهم على ثلاثة آراء .

١) الرأى الاول : يرى ان هذا الحق ينتقل الى الورثة فلهم ان يقبلوا او يردوا واليه ذهب الشافعيه والمالكية والحنابله فى رواية عندهم (١) .

٢) الرأى الثانى : يرى ان هذا الحق لا ينتقل الى الورثة - بل ان الوصية تبطل بموت الموصى له - وهو الرواية الثانية عند الحنابلة .

٣) الرأى الثالث : يرى ان الموصى به يدخل فى ملك الموصى له : من غير حاجة الى قبول . واليه ذهب الحنفية .

الادلة - وقد استدل كل على ماذهب اليه - بادلة نوردها فيما يلى :

أولا : أدلة - الرأى الاول - القائل بانتقال حق القبول او الرد للورثة بما يلى من السنة والمعقول .

أ - فاما من السنة فقد استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم - من ترك حقا فلورثته (٢) ووجه الادلالة منه ان الرسول عليه السلام قد اخبر بان من ترك حقا من الحقوق فانه ينتقل الى ورثته - والقبول او الرد حق ثبت لمورثهم - فانهم يرثونه عنه بنص الحديث .

ب - واما المعقول - فقد قاسوا حق القبول او الرد على حق الخيار بالعيب فانه ينتقل الى الورثة - فكذلك حق القبول او الرد بجامع ان كلا منهما حق مالى ثبت للمورث .

ثانيا : دليل الرأى الثانى - استدل المانعون لانتقال هذا الحق بمايلى -

---

١) مغنى المحتاج ج٣ ص ٥٠ وما بعدها والشرح الكبير والدسوقى عليه ج٤ ص ٤٢٢ - والمغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٣٩ .

٢) المغنى ج ٦ ص ٤٣٩ .

أ - بقياس حق القبول في الوصية على حق القبول في الهبة. فقالوا الوصية عقد تبرع يفتقر الى القبول كالهبة - والهبة تبطل اذا مات الموهوب له ولم يقبل فكذلك الوصية .

ب - وقياس آخر - فقد قاسوا حق القبول والرد - على خيار المجلس فهو خيار لا يعتاض عنه فيبطل بموت من هو له فكذلك حق القبول في الوصية .

ثالثا: واستدل الرأى الثالث : بان اليأس من الرد ينوب عن القبول . فاذا مات ولم يرد كان ذلك بمثابة القبول منه فيدخل الموصى به في ملكه وبالتالى فهو ينتقل للورثة بذاته لاحق قبوله او رده - وذلك كما لو اشترى شيئا على ان الخيار له فمات قبل انقضاء مدته فان الملك يثبت له (١)

مما سبق يتضح لنا - ان سبب الخلاف - اعتبار هذا الحق هل هو من الحقوق المالية ام لا : فمن قال انه حق مالى . قال انه ينتقل الى الورثة كسائر الحقول المالية : ومن قال انه حق شخصى . قال انه لا ينتقل الى الورثة وتبطل الوصية بموت الموصى له - ومن اعتبر ان اليأس من الرد بالموت يعتبر في حكم القبول - قال - ان الموصى به يدخل بذاته في ملك الورثة من غير حاجة الى قبول او رد .

<u>مناقشة :</u>

يقال لاصحاب الرأى الثانى - ان عقد الوصية فيه التزام من احد طرفيه وهو الموصى - فلا يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع اذا شرط فيه الخيار لاحدهما - ولانها عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الاخر (٢).

ويقال لاصحاب الرأى الثالث - وهم الحنفية - ليس هنا ما يدعوا الى القول بادخال شئ في ملك الورثة جبرا عنهم لجواز ان يتضرروا به كلهم او بعضهم ثم ان الذى يورث عن الميت في الحقيقة ليس هو ذات الموصى به لانه لم يقبل - ومع قيام احتمال القبول او الرد الذى لم يعلم أيهما - يكون المتيقن هو بقاء حقه في القبول او الرد لانه الاصل . فيقتصر على انتقال هذا الحق للورثة ويكون امامهم حق القبول او الرد على حسب ما يناسب مصلحتهم .

المختار . وبعرض الاراء بادلتها - ومناقشة ما وردت عليه مناقشة يتضح لنا سلامة ادلة الرأى الاول - لانه الذى ورد به النص . ولموافقته للواقع .

---

١) راجع الهداية شرح البداية ج ٤ ص ١٧٢-١٧٣

٢) راجع المغنى لابن قدامه ج ٣ ص ٤٣٩ .

وقت ثبوت الملكية للموصى له في الموصى بــه

عرفنا مما تقدم ان الوصية اذا احتاجت الى قبول فانه لا يثبت الملك الا به ـ ولكن يثور بعد ذلك سؤال حول الوقت الذى يبدأ منه الملك . هل هو وقت الوفاة او وقت القبول ؟ والقبول على الاول كاشف للملكية ـ وعلى الثانى يكون مثبتا لها ـ واليك البيـان .

اتفق الفقهاء على ان الموصى اذا حدد وقتا لتملك الموصى به . فان الملكية تثبت من التاريخ الذى حدده كان يقول . مثلا ـ اوصيت لفلان بهذه الارض يتملكها بعد سنة من وفاتى . فان قبل بعد الوفاة فان الملكية وان ثبتت له بالقبول الا انها لا تبدأ الا من الوقت الذى حدده الموصى . وكذلك اذا لم يحدد الموصى وقتا لابتدائها . فاذا مات الموصى وقبل الموصى له الوصية مباشرة فور الوفاة . فان الملكية تثبت عقب الوفاة مباشرة . هذا محل اتفاق بين الفقهاء .

فاما اذا لم يحدد الموصى وقتا تبدأ منه الملكية . وتراخى القبول عن الوفاة فانهم اختلفوا فى الوقت الذى يبدأ منه الملكية للموصى به على رأيين :

١) الرأى الاول : يرى ان الملك يثبت من الموت ـ والقبول تبنيا ـ ان ملك الموصى له ثابت منذ الموت فالقبول بمثابة الكشف عن ملكية ثابتة ـ واليه ذهب المالكية والاحناف . وهو الاصح لدى الشافعية .

٢) القول الثانى : يرى ان الملك يثبت من وقت القبول ابتداء ـ واليه ذهب الحنابله وهو قول للشافعيه (١) .

الادلـــة :

أولا : ادلة اصحاب القول الاول : القائلين ثبوتها من وقت الوفاة ـ والقبول كاشف ـ استدلوا بما يلى :ـ

أ ـ ان الملك بعد الوفاة لا يبقى للميت . لان ذمته قد اصبحت غير صالحة للتملك . ولا يجوز ان يثبت الملك فيه للوارث . لان الله تعالى قد رتب انتقال الميراث الى الورثة على سداد الدين وتنفيذ الوصية . فقال ـ من بعد وصية يوصى بها او دين ـ وقال فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين (٢) فليس له اذن ان يتملك الا ما بقى عن الدين

١) انظر الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٢٤ بقية السالك ج ٢ ص ٤٦٦ مغنى المحتاج ج ٣ ص ٥٣ والهواية ج ٤ باب الوصية والمغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٤٤١ـ٤٤٢ : الايات ١١ ، ١٢ من سورة النساء .

٢) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤١ ، ٤٤٢ ـ وبلقيه السالك ج ٢ ص ٤٦٦

والوصية فاذا لم يبق على ملك الميت لعدم صلاحية ذمته لتعلق شيء بها - واذا لم ينتقل للوارث الا بعد سداد الدين والوصية ثبت بالضرورة انه للموصى له من بعد الموت مباشرة حتى لا يكون سائبه - ولا سائبه فى الاسلام :

ب- ولان ما وجب انتقاله بالقبول - وجب انتقاله من جهة الموجب بالايجاب قياسا على الهبة (١).

ثانيا : دليل الرأى الثانى - القائل بثبوتها من وقت القبول قالوا :

أ - ان الوصية تمليك عين لمعين فيفتقر الى القبول فلم يسبق الملك او جزءا من سببه . والحكم لا يتقدم على سببه او شرطه - والا كان السبب غير سبب والشرط ليس شرطا . (٢).

المناقشة :

يقال لاصحاب الرأى الاول - أولا - ان الوصية التى ذكرها الله - وجعل انتقال المال للوارث مرتبا عليها هى الوصية المقبولة - بدليل ان الموصى له لو لم يقبل لكان ملكا للوارث : وقبل القبول لا تكون مقبوله فتكون للوارث .

ثانيا : فان قوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها الخ ٠٠ اى ان هذا لكم بعد اداء الدين والوصية ملكا مستقرا : وهذا لا يمنع ان يكون لهم ذلك غير مستقر :

ثالثا : على فرض التسليم بانها لا تثبت للوارث . فان المال قد يبقى على ملك الميت بدليل انه يبقى على ملكه ما يحتاج اليه من مونة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه . فيبقى هذا على ملكه ايضا للضرورة لانه قد تعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية - وامتنع انتقاله الى الموصى له قبل تمام السبب او تحقق الشرط .

ثانيا - مناقشة ادلة الرأى الثانى :

ويقال لاصحاب الرأى الثانى القائل بابتداء الملكية من وقت القبول ٠ ان القبول ليس ركنا - ولا شرطا للصحة - وانما هو شرط للزوم فيكون ملك الموصى له صحيحا غايته الامانة موقوف على قبوله . فان قبل لزم وان رد لم يلزم - وعلى هذا فلا يلزم المحظور : الذى قلتم من انه يلزم تقدم المسبب

١) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٤١ ٤٤٢ه - وبلغة السالك جـ ٢ ص ٤٦٦
٢) المغنى المرجع السابق .

على السبب او المشروط على الشرط:

الترجيح - وبيان المختار:

وبالنظر فى ادلة الفريقين والمناقشة التى وردت على كل منهما يبين لنا رجحان القول الاول حيث يمكن رد ما ورد عليه بما يلى :

١) ان تقدير القبول اوعدمه لا دليل عليه فى الاية • فتقيدها به تحكم لا دليل عليه كما ان اطلاق التملك للورثة فى قوله تعالى فلكم الربع وفى غيره من اسناد الملكية الى الورثة ينصرف الى الفرد الكامل وهو الملك الثابت المستقر، فتقيده بالملك غير المستقر تكلف لا مبرر له •

٢) كما لا يصح ان يستدل على ابقائه على ملك الميت بابقاء حقه فى امواله لتجهيزه ودفنه الى آخر فهذا فى الحقيقة لحق الشارع - وحق الشارع فيه اوضح لما اوجبه له من التكريم • ألا ترى ان الميت لو لم يترك مالا كان واجب تجهيزه ودفنه على القادر من المسلمين • او على بيت المال ؟ فاذا لم يتقدم لاداء هذا الحق القادرون عليه أثموا • فهذا دليل على ان للشارع حقا اوجبه لتكريم الميت •

٣) فان الوصية أخت الميراث • والميراث ينتقل الى الوارث دون ان يتوقف على قبول منه فكذلك الوصية - كما ان انتقال هذا الملك ليس ممتنعا - لانه تملك صحيح موقوف على القبول - ان قبل لزم - وان رد لم يلزم - وتبطل الوصية : لهذا فانى اختار القول الاول - الذى يقضى بانتقال الملكية بعد الوفاة مباشرة • (١)

حكم الناتج من الموصى به فيما بين الموت والقبول

وثمرة الخلاف السابق تظهر فى حكم ما نتج من الموصى به فيما بين الموت والقبول وذلك مثل الزرع الناتج من الارض فى هذه الفترة او الاجرة المستحقة عمن سكن الدار كذلك : او الضرائب المستحقة عليها ••• الخ فمن قال • ان الملك يثبت بالقبول مستندا الى وقت الوفاة • يقول ان الناتج يكون للموصى له • وعليه نفقتها •

ومن قال ان الملكية لا تستند الى وقت الوفاة بل تبدأ من القبول : قال ان الناتج ملك للورثة وعليهم نفقتها :

وقد اختلف اصحاب الرأى الاول فيما بينهم اختلافا فرعيا فى كيفية : احتساب الزوائد

---

١) راجع مختصر المشرفى ج ٣ ص ١٦٦ على هامش الام ط دار الشعب - والمغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٢ وبهذا اخذ القانون فى المادة / ٢٥

البنين حيث جعله خاصا بالذكور وبين لفظ البنات حيث جعله خاصا بالاناث . بدليل انه قابل بينهما - والمقابلة تقتضى المغايرة . فوجب ان يحمل اللفظ على ما حمل عليه فى القرآن الكريم . لاننا بصدد الكلام فى الشرعيات .

ثانيا : ادلة القول الثانى : الذى يقول ان لفظ لابن يشمل الذكر والانثى - استدلوا بما يلى :

بالقياس : حيث قاسوا الوصية لابنه اوابن فلان على الوصية لبنى فلان وهم قبيلة : فانه من المتفق عليه بين الجميع دخول الذكر والانثى فى المقيس عليه فى استحقاق الموصى به . فكذلك اذا اوصى لابنه او بنى فلان .

وقد رد هذا القياس بامرين - الامر الاول - ان هذا قياس فى مقابلة النص وهو باطل - الامر الثانى - انه صح فى المقيس عليه . ان هذا الاسم قد نقل عن حقيقته - الى العرف - ولذا تقول المرأة - انا من بنى فلان اذا انتسبت الى القبيلة - ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى أبيها : بل تقول أنا بنت فلان المختار . ونحن نختار الرأى الاول لقوة دليلة - وورود النص به - ولعدم سلامة دليل الرأى المقابل .

ب - المراد بالقرابة

اذا اوصى لقرابته . فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى المراد بالقرابة - وكان خلافهم على الوجه التالى :

مذهب الحنابلة - انه اذا اوصى لقرابته اوقرابة فلان . فان الوصية تكون لاولاده واولاد ابيه واولاد جده . واولاد جد ابيه - يستوى فيهم الذكر والانثى - ولا يعطى من هوابعد منهم شيئا . واستدلوا على ما ذهبوا اليه بما يلى :-

١) بقوله تعالى - ما افاد الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول - والذى القربى - ووجه الدلالة من الاية - ان رسول الله صلى الله عليه وسلم . قد اعطى أولاد - عبد المطلب واولاد هاشم - وعبد المطلب جده - وهاشم جد ابيه - ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل شيئا - لانهم أباعد . وقد ذكر علة الاعطاء بانهم لم يفارقوه فى جاهلية ولا اسلام . كما انه لم يعط قرابة أمه شيئا - وهم بنو زهرة . ولم يعط الاسلما - فيحمل مطلق كلام الموصى على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى - ويفسر بما فسر به - ويسوى بين قريبهم وبعيدهم - وصغيرهم - وكبيرهم وغنيهم وفقيرهم - ويخرج الكفار لانهم لم يدخلوا فى المستحق من قرابة النبى صلى الله عليه وسلم . (١) .

---

١) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٥٤٩

٢) ومذهب الشافعية والظاهرية - ان لفظ القرابة يشمل كل من يصدق عليه اسم القريب واستدلوا على ذلك • بأن اللفظ عام يشمل مايصدق عليه اسم القريب • (١) • وقالوا ان اعطاء النبي صلى الله عليه وسلم لبعضهم تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك •

٣) وقال الحنفية - المراد بالقرابة - كل ذى رحم محرم - فيعطى من ادناهم اثنان فصاعدا فاذا كان له عمان - وخالان مثلا - فالوصية لعميه - وان كان له عم وخالان فلعمه النصف ولخاليه النصف • (٢) •

٤) وقال المالكية - تقسم الوصية على الاقرب فالاقرب فتعطى قرابة أمه ان لم تكن له قرابة من جهة أبيه وكانوا غير وارثين • فان كان له قرابة غير وارثين من جهة أبيه قدموا • فاما اذا كانوا وارثين • فان قرابة الام يختصون بالوصية (٣) •

المختار والترجيح

واننى ارى ان قول الحنابلة أولى بالقبول • للامور الاتية :

١) ان ما كان له استعمالان لقوى شرعى • فان الاستعمال الشرعى يقدم فى مجال الشرعيات مثل الصيام - والصلاة • والوضوء • والحج : فانها عند الاطلاق لاتستعمل فى معانيها اللغوية ولكنها تحمل على معانيها الشرعية • فكذا لفظ القرابة •

٢) ولان ما ذكر عن الحنفية تخصيص من غير مخصص فهو تحكم لا دليل عليه •

٣) وما ورد عن الشافعية مردود لان الشارع اذا ورد على لسانه مطلق - ومقيد فى موضوع واحد فان المطلق يحمل على المقيدة • لذا فاننى اختار القول الاول •

جـ - الوصية بمثل نصيب احد الورثة

أتفق الفقهاء على صحة الوصية بمثل نصيب وارث معين - او بمثل نصيب من غير تعيين او بنصيب وارث معدوم - او بمثل نصيب وارث معدوم • الامثلة •

فمثال الحالة الاولى - كما لو اوصى محمد لعلى بمثل نصيب ولده خالد (واحد اولاده أسمه خالد فالوصية صحيحة باتفاق - وسيأتى كيفية استخراج نصيبه قريبا •

ومثال الحالة الثانية - ان يوصى محمد لعلى بمثل نصيب وارث من ورثته من غير تعيين فهذه صحيحة كذلك والحالة الثالثة ان يوصى بنصيب وارث معدوم الرابعة ان يوصى بمثل نصيب وارث معدوم كأن يقول اوصيت لفلان بنصيب ابنى لو كان - او بمثل نصيب ابنى لو كان فالوصية صحيحة فى كل هذه الاحوال •

....

١) الام للامام الشافعى جـ٤ص٣٨ ط دار الشعب ، المحلى لابن حزم جـ ٩ باب الوصية •
٢) الهداية جـ ٤ ص ١٨٤
٣) الدسوقى الشرح الكبير للدردير جـ٤ص ٤٣٢ وبلغه السالك جـ ٢ ص ٤٦٩

فاما اذا كانت الوصية بنصيب وارث موجود • كأن يقول - اوصيت لفلان بنصيب محمد ابنى وله ابن يسمى محمدا • فقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين •

١) الرأى الاول : يرى ان الوصية صحيحة فى هذه الحال ايضا - واليه ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعيه والمالكية والحنابلة - وزفر من الحنفيه (١) •

ووجهتهم فى ذلك - ان الغرض من ذكر نصيب الوارث - هو التقدير به - وليس الغرض منه الوصية بنفس ما سيؤول للابن - او الوارث بعد الموت • وعلى ذلك فهذه الصيغة تساوى فى المعنى الوصية بمثل نصيب احد الورثة من حيث التقدير بها •

٢) الرأى الثانى : يقول ان الوصية بنصيب الابن باطلة واليه ذهب الحنفية (٢)

ووجهتهم فى ذلك - ان ظاهر العبارة يدل على انه يوصى بشئ مملوك للغير فهى وصية بنفس نصيبة الذى يصير اليه بعد الموت - وعلى ذلك تكون لغوا الا اعتداء بها •

الترجيح - والمختار :

وانى اختار ما ذهب اليه الجمهور : للامور الاتية :-

١) ان التوجه الجاد من الموصى واقدامه على الوصية يوحى ايحاء قويا بانه لم يقصد بانشاء الوصية - ان تكون بنفس ما سيؤول الى احد ورثته - ويبعد ان يقصد اليه عاقل •

٢) واذا صح القصد على هذا النحو وجب تصحيح كلامه بتقدير مضاف محذوف تقديره مثل نصيب وارث او ابنى - وحذف المضاف - واقامة المضاف اليه مقامه : مستعمل بكثرة •

٣) قياس الوصية على الكناية فى الطلاق والعتق • فكما صحت هناك فانها تصح هنا صونا للكلام عن اللغو والعبث •

كيفية استخراج نصيب الموصى له بمثل نصيب الوارث

للفقهاء فى كيفية استخراج نصيب الموصى له بمثل نصيب الوارث طريقتان :

أ - الطريقة الاولى : وهى التى اخذ بها الجمهور : قالوا ان الورثة الذين اوصى له بمثل نصيب احدهم - اما ان يكونوا متساويين او متفاضلين • فاذا كانوا متساويين

---

١) مغنى المحتاج ج ٣ باب الوصية الدسوقى والشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤٩ - والمغنى لابن قدامه ج ٦ص ٤٤٨-٤٤٩ بلغة السالك ج ٢ ص ٤٧١-٤٧٢ •

٢) الهداية ج ٤ ص ١٧٥ •

كان له نصيب مثل نصيب احدهم مزادا على الفريضة - كما اذا كانوا ثلاثة ابناء . فان التركة تقسم بينهم ارباعا - ولا تتوقف الوصية فى هذه الحالة على اجازة احد من الورثة لانها لم تبلغ الثلث .

واما اذا كانوا متفاضلين . فله نصيب أقلهم ميراثا مزادا على التركة - كما اذا كان الورثة - بنتا واما - وزوجا - واختا شقيقة - فله فى هذه الحالة مثل نصيب الام - وهو السدس مزادا على التركة . فللبنت النصف - والام السدس والزوج والربع - والاخت الشقيقة الباقى لانها عصبة مع الغير والمسألة من ٢٤ يزاد عليها السدس فتكون من ٢٨ .

ب- والطريقة الثانية : واليها ملك الامام مالك وزفر - وابن ابى ليلى وداود : فقالوا يعطى نصيب المعين - او مثل نصيب أحدهم عند التساوى : من اصل المال - وذلك مثل ان يوصى بمثل نصيب احد اولاده . وله ثلاثة ابناء : فيكون للموصى له الثلث أولا - ثم يقسم الثلثان على الابناء الثلاثة .

فاما اذا كانوا متفاضلين فقالوا ينظر الى عدد الرؤس فيعطى سهما من عددهم (١)

وجهة نظر الفريقين :

أولا : وجهة نظر الجمهور . قالوا ان الموصى جعل وارثه اصلا يقاس عليه الموصى له وجعله كذلك قاعدة تتبع فى اعطائه حقه . ومقتضى هذا - ان لا يزيد نصيب أحدهم على صاحبه . فاذا اعطى من اصل المال - لم يكن قد اعطى مثل نصيبه ولا حصلت التسوية بينه وبين الورثة عطا - بان عبارة الموصى تقتضى التسوية هذا بالنسبة لحالة التساوى بين الورثة . فاما اذا كانوا متفاضلين فقالوا نعطيه مثل اقلهم نصيبا لانه المتيقن - وما زاد فهو مشكوك فيه ولا يثبت حق مع الشك .

ثانيا : وجهة نظر المالكية ومن معهم . قالوا - ان الموصى له : قد اوصى له بمثل نصيب احد الورثة : والوصية تخرج أولا من التركة . ثم يقسم الميراث بعد ذلك . هذا فى حالة التساوى : فاما فى حالة التفاضل - فانه لا يمكن اعتبار انصبائهم لتفاضلهم . - فاعتبر عدد رؤسهم .

منشأ الخلاف : ومما سبق يتضح لنا - ان منشأ الخلاف هو . هل يستحق الموصى له . نصيب الوارث الذى اوصى له به من غير اعتبار للوصية - او نصيبه بعد استخراج الوصية

١) راجع فى المسألة المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٤٩ - والشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ ٤ ص ٤٤٧ .

الى الاول ذهب المالكية ومن معهم - والى الثانى ذهب الجمهور .

الترجيح - والمختار :

والراجح فى نظرى : هو ما ذهب اليه الجمهور : اعتبار بقول الموصى وقصده . فانه قصد اعطاء الموصى له مثل نصيب احدهم اما اذا استخرجنا نصيبه أولا لترتب على ذلك ان يأخذ اكثر من الوارث : الذى جعل أصلا له فى الوصية وقاعدة فى استخراج نصيبه . والحقيقة ان الموصى يريد ان يوصى بمثل نصيبه لا باكثر منه هذا فى حالة التساوى .

واما فى حالة التفاضل - فانه يعطى نصيب اقلهم . لانه يصدق عليه انه نصيب احدهم يقينا ودعوى تعذر اعتبار انصبائهم عند التفاضل ممنوع ،فانه امكن ذلك باعطائه مثل نصيب اقلهم ولانه لو تعذر العمل بما قال لما جاز ان توجب فى مسالة حقا لم يأمر به ولم يأذن فيه (١) .

د - المراد بالضعف - اذا اوصى بضعف نصيب احد الورثة - او ضعفيه

ومن الصيغ التى ترد على لسان بعض الاوصياء - وكانت موضع بحث بين الفقهاء ما اذا اوصى بضعف نصيب الوارث : او بضعفى نصيبه .

المراد بالضعف والضعفين

وقد اختلف الفقهاء فى المراد بالضعف والضعفين على اربعة آراء نسوقها على الوجه التالى :-

١) الرأى الاول : يقول - ان المراد بالضعف المثلان - والمراد بالضعفين المثلان كذلك . وبالثلاثة اضعاف . ثلاثة امثال - وهكذا - وبه قال الشافعية والحنابلة .

٢) الرأى الثانى : يقول - المراد بالضعف المثل - والضعفان المثلان وهو قول ابى عبيد .

٣) الرأى الثالث : يقول - المراد بالضعف المثل - والضعفان ثلاثة امثاله : وثلاثة اضعافه اربعة امثاله - وهكذا كلما زاد ما ضعفا زادوا مثلا : وهو قول بعض الحنابلة . وقول الشافعيه .

٤) الرأى الرابع : يقول - ضعفاه اربعة امثاله - وثلاثة اضعافه ستة أمثاله .

ولكل رأى دليل نذكره بالترتيب كما يلى :

أولا : أدلة الرأى الاول - أولا - استدلوا على ان المراد بالضعف المثلان بما يلى :-

١) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٩ .

أ - بقوله تعالى - اذن لاذقناك ضعف الحياة - وضعف الممات ثم لا تجـــد لك علينا نصيرا (١).

ب - وبقوله تعالى - فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا وهم فى الغرفات آمنون (٢).

جـ - وبقوله تعالى - وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون (٣).

ووجه الدلالة من هذه الايات ان الله اراد بالضعف المثلان . والا - فاين فضل الله عز وجل اذا جعل لهم الجزاء على ما قدموا من العمل الصالح مساويـــا لما قاموا بــه مع الوعد المؤكد بالزيادة ؟ هذا بالنسبة للآيتين الثانية والثالثة اما الاية الاولى . فهذا وعيد من الله لرسوله على فرض انه ركن او كاد ان يركن الى المشركين . ولا يتأتى التهديد والوعيد الا اذا كان بشئ اكبر واكثـــر مما فعله الانسان .

ثانيا : استدلوا على ان المراد بالضعفين المثلان كذلك بما يلى :-

أ - قوله تعالى فاصابها وابل فآتت اكلها ضعفين . (٤)

يقول عكرمة تحمل فى كل عام مرتين . ويقول عطاء اثمرت فى سنة مثل ثمـــرة غيرها فى سنتين . وهذا معنى متفق عليه بين المفسرين .

ب - وبقوله تعالى - يانساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لهـــا العذاب ضعفين . وكان ذلك على الله يسيرا . (٥).

فقد اتفق المفسرون على ان المراد به مرتين . بدليل قوله تعالى نؤتهـــا اجرها مرتين واعتدنا لها رزقا كريما - اذ من المحال - ان يجعل اجرها علـــى العمل الصالح مرتين - وان يجعل عذابها على الفاحشة ثلاث مرات . والمعهود من فضـــل الله وكرمه مضاعفة الحسنات دون السيئات .

ثالثا : استدل ابو عبيد على ما ذهب اليه - من ان الضعف المثل : بالمفهوم حيـــث قال اذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل : ولكن يرد هذا لانه مخالف لمـــا وردت به النصوص ، وما اتفق عليه أهل اللغة والمفسرون :

رابعا : واستدل اصحاب الراى الثالث : على ان الضعفين ثلاثة أمثاله بالمفهوم كذلـــك حيث قالوا - اذا كان المراد بالضعف المثل - فالمراد بالضعفين ثلاثة أمثاله وهـــو مردود بما رد به سابقه .

---

١) الاية ٧٥ من سورة الاسراء
٢) الاية ٣٧ من سورة سبأ .
٣) الاية ٣٩ من سورة الروم .
٤) الا الاية ٢٦٥ من سورة البقرة .
٥) الاية ٣٠ من سورة الاحزاب .

خامسا: واستدل اصحاب الرأى الرابع القائل بان ضعيفه اربعة امثاله - الخ .
فقالوا - اذا ثبت ان ضعف الشئ مثلاه فيكون ضعفاه اربعة امثاله شأن التثنية في كل الاسماء: وهو مردود كذلك حيث خالف النصوص اللغوية . والشرعية وهذا قياس فى مقابلة النص فلا يقبل .

الراجح - والمختار هو القول الاول . لانه موافق لما نقل عن العرب: فقد روى ابن الانبارى عن هشام بن معاوية النحوى . قوله - العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقول ان اعطيتنى درهما فلك ضعفاه اى مثلاه - وافراده لا بأس به - بمعنى ان المثنى والمفرد فى هذا الاستعمال بمعنى واحد .(١)

الوصية الواجبة فى القانون - والاساس الفقهى الذى خرجت عليه

تمهيد: لقد سبق لنا عند بيان حكم الوصية - ان اقمنا الدليل على ان الوصية للوالدين والاقربين الذين لا يرثون واجبة - وان الاية . (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين من قبيل العام الذى دخله التخصيص بايات المواريث: او بالحديث (لا وصية لوارث على ما سبق بيانه - او انها قد نسخت فى حق الوارثين . باقية فى حق غيرهم: والقول ببقاء الوجوب مروى عن جميع غير قليل من فقهاء السلف والخلف منهم سعيد بن المسيب - والحسن البصرى - وطاوس وداود والطبرى واسحاق بن راهويه - وابن حزم .(٢)

ولكن اصحاب المذاهب الاربعة المعروفة - لم يذهبوا الى هذا بل قالوا - ان - الوصية تعتريها الاحكام الخمسة :-

١) فتكون واجبة - اذا كان عليه حق لله او للعباد وفرط فيها كالحج والزكاة - والوديعة والدين الذى لا يوجد به وثيقة فهذا الوجوب ليس واجبا فى الحقيقة عن طريق الوصية - ولكنه واجب بادلة اخرى - كما فى قوله تعالى بالنسبة للحج ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا: وبالنسبة للزكاة وآتوا حقه يوم حصاده . وبالنسبة للامانات والودائع قوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها .(٣) وقوله تعالى - يأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول . وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون .(٤) غاية الامر ان الوصية قد تعينت طريقا لادائها .

٢) وتكون مندوبة فى القربات . لعموم قوله صلى الله عليه وسلم - اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث - صدقة جارية - اوعلم ينتفع به - او ولد صالح يدعو له .

-----

١) انظر المغنى ج ٦ ص ١٥٠ - ١٥١
٢) انظر المحلى لابن حزم ج٩ ص٣٨٤ - ومحاضرات الشكى فى الميراث المقارن ص ١٢٢ وما بعدها طاول .
٣) الاية ٥٨ من سورة النساء .
٤) الاية ٢٧ من سورة الانفال

٣) وتكون مكروهة لاهل الفسق والمعاص اذا غلب على ظنه ان الموصى له سيصرفها فى الفسق والفجور . فاما اذا تيقن ذلك فانها تكون محرمة .

٤) وتكون مباحة لمن استوى فيه الامران . فلا يدرى فى ايهما يصرفها او اذا كانت للاغنياء .

٥) وتكون محرمة اذا كان فيها اضرار بالورثة او حيفا عليهم لان الرسول عليه الصلاة والسلام قال الاضرار فى الوصية من الكبائر .(١)

والقول بعدم الوجوب هو الذى حدى بالفقهاء المحدثين ان يبحثوا عن حكم للحالات التى جاءت بها المواد ٧٦- ٧٧ - ٧٨ - ٧٩ - من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية . فقد كثرت الشكوى من حالات الاحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة ابيهم او امهم - او يموتون معهم ولو حكما - كالحرقى - والغرقى - والهدمى - فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم او جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع ان آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى جمع الثروة التى تركها الجد او الجدة - وقد يكونون فى عياله يعولهم - واحب شيئ الى نفسه ان يوصى اليهم بشئ من ماله . ولكن الموت لا يمهله فلم يفعل شيئا - او حالت بينه وبين ذلك عوارض وقتية .(٢)

وعلاجا لهذه الحالات التى كثرت منها الشكوى . قال الفقهاء المحدثون بما يسمى بالوصية الواجبة وسنعرض لها بعد قليل .

وقد اخذوا الوجوب من قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين وقالوا بالوجوب فى مال الميت وان لم يوص - استنادا الى مذهب ابن حزم ومن معه . وقالوا بالاقتصار على ما ورد ذكرهم : وهم ابناء الابناء والطبقة الاولى من اولاد البنات وكذا تحديد النصيب الواجب وهو مثل نصيب اصلهم بشرط الا يزيد على الثلث : وتوزيعه بينهم طبقا لنظام الارث قالوا ذلك بناء على القاعدة الشرعية التى تقول ان لولى الامر ان يأمر بالمباح لما يراه من مصلحة العامة ومتى امر به وجبت طاعته .(٣)

وقد خالف قانون الوصية ما دلت عليه الاية ومذهب ابن حزم فى الامور الاتية :-

أ - لم يقل القانون - بما دلت عليه الاية حسب ما فهم ابن حزم ومن معه منها حيث لم يجعلها للوالدين والاقربين - لان دلالة الاية باقية بالنسبة لهم .(٤)

---

١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٣٤ .
٢) راجع المذكرة التفسيرية - الجزء الخاص بالمواد المذكورة .
٣) المذكرة التفسيرية للمواد المذكورة .
٤) انظر حكم الوصية فى اول هذا الفصل من هذه الرسالة .

بل قصرها القانون على غير الوارثين من أولاد الابناء - والطبقة الاولى من اولاد - البنات .

ب- كذلك فان القانون حدد المقدار الواجب فى الوصية الواجبة بما كان يستحقه هذا الولد فى تركة والده لو كان حيا بشرط الا يزيد عن الثلث - مع ان ابن حزم قد ترك تحديد القدر الواجب الوصية به .

جـ- وكان سندهم فى قصر الوصية على من ذكر فقط مستندا الى انه لولى الامر ان يأمر بالمباح وانا لم اتبين المباح الذى يقصدونه هنا - لان مقتضى استدلالهم بالاية على وجوب الوصية للمذكورين حتى وان لم يوص المورث لهم فالاية دالة على الوجوب لمن ذكر ولمن لم يذكر فمن اين يكون اعطاؤهم مباحا حتى يقولون ان اعطاءهم مباح ولولى الامر ان يأمر بالمباح فتكون طاعته واجبة : وله ان يقتصر على بعضهم دون - بعض ؟ .

لذا ولوجود حالات مماثلة لم يستوعبها القانون : ولانه لا يسد كل الثغرات . فاننى ارى ان واضعى القانون كانوا يحسنون صنعا - لو جعلوها قاعدة عامة (ان الوصية تجب للوالدين والاقربين الذين لا يرثون :) من غير تحديد للصنف الذى يستحق ولا للقدر المستحق : ويجعل تحديد ذلك امر تقديريا من سلطة القاضى الذى ينظر الموضوع ان يبت فيه فى حدود الثلث : بعد ان يبحث حالة الاقرباء ويقف على ملابسات الموضوع وجوانبه المختلفة ثم يحكم بما يساير روح التشريع الاسلامى من مراعاة - العدالة والانصاف . ولو أنهم فعلوا ذلك لترك الباب مفتوحا أمام بعض الاقرباء الذين يكونون فى أمس الحاجة الى ما يمسك عليهم حياتهم . فى الوقت الذى تذهب فيه الثروة لمن هم فى غنى عنها وكان فى ذلك مسايرة لروح النص ودلالته واتساقا مع المذهب الذى اخذوا منه (١) .

سمات الوصية الواجبة

تتسم الوصية الواجبة بانها لا اختيار فيها للموصى . ولا للموصى له بل انها تنفذ بقوة القانون سواء اراد الموصى ام لم يرد . ولا تتوقف على قبول من الموصى له فلهذا سميت واجبة فهى تتفق مع الميراث - من حيث كونها واجبة لا تتوقف على ارادة الموصى - ولا الموصى اليه ومن حيث انها تقسم قسمة للذكر مثل حظ الانثيين .

أوجه المخالفة بينها - وبين الميراث

اما اوجه المخالفة بينها وبين الميراث : فهى تختلف عنه من ثلاثة أوجه .

(١) انظر الوصايا فى الفقه الاسلامى " محمد سلام مدكور ص ٤٤٦ "

أ - تخالفه في انه يغني عنها ما اعطاه الجد في حياته للفرع - ولا يغني عن الميراث بالغا ما بلغ .

ب - وتخالفه كذلك في انها وجبت تعويضا لهم عما فاتهم . ولا كذلك الميراث . فهو واجب ابتداء .

جـ - وتخالفه في ان كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره والامر ليس كذلك في الميراث . فان الاصل يحجب فرع نفسه وفرع غيره - فهي لهذه الامور لم تكن ميراثا .

وفيها من خصائص الوصية - انها تجب في حدود الثلث - وانها مقدمة على الميراث - وعلى الوصايا الاختيارية . فلهذا سميت وصية .

مبدأ العمل بها

صدر القانون الخاص بالوصية وهو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ هـ الموافق ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٦ - ونشر بالعدد ٦٥ من جريدة الوقائع الرسمية الصادر في يوم الاثنين ٢ شعبان سنة ١٣٦٥ الموافق أول يوليو سنة ١٩٤٦ على ان يعمل به بعد شهر من نشره وقد عمل به فعلا من أول أغسطس سنة ١٩٤٦ .

من تجب لهم هذه الوصية الواجبة ؟

تجب هذه الوصية لفرع الولد الذي يموت في حياة ابيه اوامه حقيقة اوحكما كالمفقود الذي حكم بموته - او يموت معهم ولو حكما كالغرقى - والهدمى والحرقى . فان على كل من الجد والجدة ان يوصي للفرع بقدر ما كان يستحقه هذا الولد من التركة لو كان حيا - عند موته فاذا لم يوص كانت الوصية واجبة بقوة القانون بقدر هذا النصيب ولا تزيد على الثلث - وان كان نصيبه اكثر .

شروطهما :

هذه الشروط منها ما هو شرط في الموصى له - ومنها ما هو شرط في الولد المتوفى :

أولا : ما يشترط في الموصى له : يشترط في الموصى له الشروط الاتية :

١) يشترط ان يكون الفرع غير وارث لمن وجبت الوصية في ماله .

٢) وان لا يكون هذا الفرع محجوبا باصله - ولو كان هذا الاصل محجوبا - فمثلا لو مات عن ابن ابنه - وعن اولاد لهذا الحفيد . فان الوصية تجب لابن الابن

ان تحققت شروطها – دون اولاده فهى لا تجب لابنائه مع وجوده حتى لو كان محروما من الميراث كمن قام به مانع من موانعه كاختلاف الدين والقتل لصاحب التركه – لانه لم يفتهم شئ حتى يعوضوا عنه .

٤) ان يكون هذا الفرع غير ممنوع من ارث من أدلى به للميت – بان كان محروما من ارثه لمانع قام به كالقتل واختلاف الدين . فان مثل هذا لا يجب له الوصيـة .

ثانيا : شروط فى الولد المتوفى : يشترط فى الولد المتوفى ما يلى :–

١) ان يكون ولد الميت الذى اولى به الفرع قد مات فى حياة أصله موتا حقيقيا او حكما .

٢) ان يكون من ادلى به للميت وارثا فيه لو كان حيا . فاما اذا قام به مانع من موانع الارث فانه لا يجب لاولاده وصية واجبة لانه لم يفتهم شئ حتى يعوضوا عنه .

طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة من التركة

لم ينص قانون الوصية على الطريقة الواجب اتباعها فى استخراج المقدار الذى يستحقه الموصى له الا ان المادة (٧٦) من القانون قد ارشدت اليها حين قالت اذا لم يوصى الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته او مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته – وجب للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث) .

فهذا صريح فى ان الفرع يأخذ مقدار ما كان سيأخذه اصله لو كان حيا . فلا يأخذ اكثر من أصله باى حال – ولا يأخذ ما يأخذه من يساوى أصله من الورثة . لان الصلة التى عقدها القانون هى بين هذا الفرع وبين أصله – لا بينه وبين من يساوى أصله لانه نص على اعطائه ما كان يستحقه) أصلهُ ولم ينص على مساواته بمن يساوى أصله وعلى ذلك تكون الطريقة التى تتفق مع روح القانون ونصه ان تستخرج على الوجه الاتى :–

١) ان يفرض الولد الذى توفى فى حياة احد ابويه حيا وارثا . وتقسم التركة على الورثة الموجودين كما لو كان الجميع احياء ليعرف مقدار نصيبه .

٢) ان يخرج هذا القدر من التركة كما هنو ان كان مساويا للثلث او اقل فان زاد على الثلث رد اليه – وانما اخرج أولا – لان الوصية مقدمة على الميراث .

٣) ثم يقسم الباقى بعد اخراج مقدار الوصية على الورثة الاحياء بتوزيع جديد من غير نظر الى الولد الذى فرض حيا . (١)

ما يطرأ على الوصية فيبطلها

اذا استوفت الوصية شروط صحتها ونفاذها . فهى صحيحة نافذة تترتب عليها آثارها ولقد اتفق الفقهاء على ان الايجاب يجعل للوصية وجودا حال حياة الموصى متى صدر مستوفيا شروطه . وهذا الوجود يظل قائما والى ان يظهر اثره بعد موت الموصى . فان قبل الموصى له الوصية نفذت - وان ردها بطلت على التفصيل السابق فى محله . وقد يطرأ على هذا الوجود من الموانع ما يمنع من بقائها . فتبطل الوصية وتصبح كان لم تكن موجودة . وهذه الموانع - هى :

١) الرجوع عن الوصية

٢) زوال أهلية الموصى بعد الوصية بالجنون او العته

٣) وفاة الموصى له حال حياة الموصى

٤) هلاك العين الموصى بها قبل تمام الوصية

٥) رد الموصى له الوصية

٦) قتل الموصى له الموصى : على التفصيل الذى سبق

هذه هى الموانع التى تمنع من الوصية وتبطلها : وقد سبق بيان بعضها اثناء البحث . ونتكلم على كل مانع من هذه الموانع : بشئ من التفصيل .

أولا : الرجوع عن الوصية :

الرجوع عن الوصية اما ان يكون بالقول - او بالفعل .

أ - الرجوع بالقول : اذا اوصى انسان تجوز وصيته بشئ لانسان آخر . فله ان يرجع فيه كله او بعضه فى اى وقت يشاء وهذا باتفاق العلماء - القائلين بعدم وجوبها - لان عقد الوصية غير لازم عندهم فيجوز له الرجوع فيها متى شاء - واما على قول القائلين بالوجوب فليس له ان يرجع فيها .

جحود الوصية

الجحود هو انكار الوصية فى الماضى . فاذا جحدها . فهل يعتبر ذلك رجوعا ام لا اختلفوا فى ذلك على رأيين :-

....

١) راجع محاضرات فى الميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى ص ١٥٥ واحكام التركات والمواريث للشيخ محمد ابو زهرة - الوصية الواجبة الوصايا فى الفقه الاسلامى الاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٥٤ .

١) الرأى الاول : يرى ان جحود الوصية رجوع عنها - وهو قول لابى حنيفه وابى يوسف والمالكية ورواية للحنابلة • وحجتهم على ذلك : ان الموصى بجحوده ينفى وجود الوصية فى الماضى • ومن لازمه نفى وجودها فى الحال - ولان هذا دليل على انه لا يريد ايصاله الى الموصى اليه (١) •

٢) الرأى الثانى : يرى ان الجحود ليس رجوعا - واليه ذهب محمد بن الحسن • ورواية لدى الحنابلة وحجتهم على هذا :

أ - ان الوصية عقد من العقود - والعقود لا تبطل بالجحود فكذلك الوصية ويرد هذا بان الوصية لا تلزم بالموت • ولا تنفذ الا بقبول الموصى له • ففارقت العقود الاخرى من هذا الوجه فهو قياس مع الفارق •

ب - ويرى الامام محمد ان جحود الوصية لا يعتبر رجوعا لان حقيقة الجحود تغاير حقيقة الرجوع اذ الرجوع اقرار بحصول الوصية فى الماضى وابطالها فى الحاضر والمستقبل • اما الجحود فنفى لحصولها فى الماضى والحال فتكون حقيقتها مختلفة • فلا يكون احدهما فى معنى الاخر • ولهذا لا يكون جحود الزواج فرقة (٢) •

المختـــار

والاول اولى بالاعتبار لان الموصى يملك ابطال الوصية حالا • وان كان لا يملك نفيها فى الماضى اذا ما حدثت فعلا • ولكن يمكن اعتبار هذا استعمالا للشئ فى لازمة لان فى جحودها رجوع ضمنى (٣) •

هذا ومما تجدر الاشارة اليه ان الجحود المختلف فيه هو انكارها فى الماضى فاما لو نفاها فى الحال والمستقبل فأن ذلك رجوعا باتفاق •

ب - الرجوع بالتصرف : وهذا النوع اما ان يكون تصرفا بالقول او بالفعل •

١) ١) التصرف بالقول : والمراد به التصرف - الذى يترتب عليه زوال ملك الموصى عن الموصى به اذ لا تنفذ الا اذا ظل الموصى به على ملك الموصى الى وفاته • وعلى ذلك فاذا باع الموصى به اووهبه • فانها تبطل - فلو عاد اليه بعد ان خرج عن ملكه بسبب جديد • فلا تصح الا بانشائها مرة اخرى •

....

١) انظر الهداية ج ٤ ص ١٧٤ والمغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٨

٢) الهداية ج ٤ ص ١٧٤ وانظر الوصية فى الشريعة الاسلامية للاستاذ عيسوى احمد عيسوى ص ١٤٦ والمغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٨ •

٣) انظر بحوث مقارنة فى الوصية للشيخ على الخفيف ص ٢٢٢

هذا عند جمهور الفقهاء .

ويرى المالكية ان الموصى به اذا عاد الى ملك الموصى ، فانها تعود من غير حاجة الى انشاء جديد (١) . فاما اذا كان التصرف غير مزيل للملك كالاجارة والاعارة . فانها لا تكون باطلة . واختلفوا في الرهن هل يعتبر رجوعا ام لا الجمهور يعتبره رجوعا - لان الموصى لما رهن العين فقد علق بها حقا يجوز بيعها فيه . ويرى المالكية انه لا يعتبر رجوعا - لان العين لم تنتقل عن ملك الموصى .

والاولى بالقبول - هو قول المالكية . اذ الرهن لا ينقل العين عن ملك الموصى حالا وفورا وقد يستطيع سداد الرهن ويسترد المرهون فاما اذا بيعت في الرهن . تبينا بطلانها من وقت البيع .

٢) <u>التصرف بالفعل</u> : والافعال بالنظر الى دلالتها على الرجوع وعدمه ثلاثة اقسام :-

أ - قسم يدل على الرجوع باتفاق . وبه تبطل الوصية . وهو كل فعل من قبل الموصى يغير حقيقة العين وجوهرها - وذلك مثل ذبح الشاة - وتحويل الارض الى بحيرة للصيد او حمام للسباحة فان التغير بهذه الصفة قد ترتب عليه تغيير حقيقة العين واصبحت شيئا آخر غير الذى اوصى به - فهذا الفعل يكون بمثابة الاستهلاك للعين فيبطل به الوصية .

ب - وقسم لا يدل على الرجوع باتفاق - وهو كل فعل لا يغير جوهر العين ولا يزيل الاسم عنها ولا يحدث فيها زيادة مما يستقل بنفسه ويتعذر تسليم العين بدونه وذلك مثل ترميم الدار . وسقى الزرع وما شابه ذلك .

ج - وقسم ثالث - مختلف فيه - وهو كل فعل من الموصى تترتب عليه زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين بدونه تلك الزيادة كما لو اوصى بارض فضاء فبنى عليها أو دارا من طابق واحد فبنى عليها طابقا آخر اوقطعة ارض ضم اليها غيرها وبنى عليها فمثل هذه الافعال اختلف فيها على رأيين :-

....

١) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه ج ٤ ص ٤٣٠ .

١) الرأي الاول : يرى ان هذا الفعل يعتبر رجوعا - واليه ذهب الحنابلة والاحناف وغيرهم (١) .

ووجهتهم فى ذلك : أنها افعال اوجبت زيادة فى الموصى به لا يمكن تسليمها بدونه . ولا سبيل الى تكليفه بازالة الزيادة فان تعذر التسليم مضافا اليه فعل الموصى دليلا على رغبته فى العدول عن الوصية .

٢) الرأي الثاني : يقول - ان هذه الافعال لا تعتبر رجوعا - الا اذا قامت قرينة اخرى تدل على ارادة الرجوع . لانها افعال لا تحدث تغييرا فى حقيقة الموصى به او جوهره .

والاولى بالقبول ما عليه الجمهور . لانه بذلك الفعل اظهر نيته وبرهن على انه لا ينوى استمرار الوصية .

المانع الثاني : زوال أهلية الموصى بالجنون المطبق :

اذا جن الموصى جنونا مطبقا بطلت وصيته . لان الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لدوامه حكم ابتدائه . ولما كان المجنون غير أهل لانشاء عقد الوصية لان قوله غير معتد به . كان طرو الجنون المطبق على الوصية مبطلا لها .

فاما اذا كان الجنون متقطعا - فلا اثر له لانه يشبه الاغماء هذا مذهب الجمهور . وقياسا على سائر العقود كالبيع والاجاره . وقد خالف فى ذلك الحنفية . حيث قالوا ان الجنون المنقطع يؤثر على الوصية فيبطلها .

المانع الثالث : هلاك العين الموصى بها :

وتبطل الوصية كذلك اذا كان الموصى به معينا . وهلك قبل قبول الموصى له لان الوصية قد تعلقت بتلك العين فتفوت بفواتها - وتبطل كذلك اذا كانت بجزء معين فهلك النوع كله .

المانع الرابع : قتل الموصى له الموصى :

وقد سبق ان بينا اراء العلماء فى ذلك فلا نطيل باعادته .

المانع الخامس : رد الموصى له الوصية . بعد موت الموصى

بعد موت الموصى فانها تبطل . فاما اذا رد فى حياته فانه لا اثر لهذا الرد

....

١) راجع المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٦ والهداية ج ٤ ص ١٧٤ .

فيما عدا ما ذهب اليه زفر ، وقد سبق ذلك عند القبول والرد .

المانع السادس :

موت الموصى له قبل موت الموصى :

وذلك لان الوصية لا تستحق ولا تملك الا بعد موت الموصى فاذا مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت الوصية ، لان الموصى له لم يعد أهلا للتملك ولم يترك حقا فى القبول او الرد حتى يقال بانتقاله الى الورثة فهذا الحق لا ينشأ الا بعد لزوم الوصية بموت الموصى .

....

المبحث الاول

تعريف الميراث - ولمحة تاريخية عنه

الميراث فى اللغة :

يطلق الميراث ويراد منه تارة المصدر وتارة اخرى اسم المفعول .
فاذا اطلق بمعنى المصدر كان احد مصادر ورث الشيء . يقال ورث فلان أباه ارثا ووراثة وميراثا ولهذا المصدر فى الاصل معنيان :

١) البقاء - ومنه اسم الله تعالى الوارث - ومعناه الباقى بعد فناء الخلق وقوله عليه السلام : اللهم متعنى بسمعى وبصرى واجعلهما الوارث منى اى الباقيين صحيحين سالمين الى الموت .

٢) انتقال الشيء من قوم الى آخرين حقيقة كانتقال المال - او معنى كانتقال العلم ومنه العلماء ورثة الانبياء .

واذا اطلق بمعنى اسم المفعول . اى الموروث كان مرادفا للتراث والارث - ومعناه لغة الاصل والبقية ومنه الحديث اثبتوا على مشاعركم فانكم على ارث ابيكم ابراهيم ، اى على أصل دينه وبقية منه . وللعلماء عند تعريفه ملحظان . فمنهم من لاحظ المعنى المصدرى - ومنهم من لاحظ المعنى الاسمى : فمن لاحظ المعنى الاسمى : قال - هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث -: والعلم قد يراد به القواعد التى يعرف بها ذلك . وقد يراد به الملكة الحاصلة من مزاولة القواعد (١) . كما قاله المالكية اوقال هو . نصيب مقدر شرعا للوارث :- كما قال الشافعية (٢) . ومن لاحظ المعنى المصدرى . قال : هو استحقاق الوارث نصيبه من تركة الميت . او استخلاف الوارث عن الموروث فيما يتركه - كما عبر عنه بذلك الحنفية .

ولقد كان اهتمام الرسول عليه السلام بتعلمه وتعليمه بالغا والتحذير من التهاون فيه : ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعلموا القرآن وعلموه الناس . وتعلموا الفرائض وعلموها فانى امرؤ مقبوض - والعلم مرفوع ويوشك ان يختلف اثنان فى الفريضة والمسألة . فلا يجدان احدا يخبرهما : ذكره احمد بن حنبل فى رواية ابنه عبد الله .

---

١) انظر الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٥٦
٢) انظر الشرقاوى على التحرير جـ٢ ص ١٦٤ - ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢

وعن ابى هريرة : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم - وهو ينسى وهو أول شئ ينزع من امتى - رواه ابن ماجه والدارقطنى (١) .

وكان نصف العلم لابتلاء الناس به جميعهم - او لانه يتعلق بحالة الوفاة - واعداه من العلوم يتعلق بحالة الحياة (٢) .

لمحة تاريخية عن الميراث

وقد وجد الميراث منذ القدم وأخذت به مختلف الامم السابقة على الاسلام وسنوجز فيما يلى كلمة مجملة حتى نتبين العدالة التى كفلها الاسلام لخلفاء الميت ودقته البالغة فى مراعاة الاعباء التى يتحملها الورثة واعطائه القدر الذى يتناسب مع اعباء كل منهم :

أ - الميراث عند قدماء الرومان

كان الميراث عند قدماء الرومان . عبارة عن اقامة خليفة للميت يختاره حال حياته من ابنائه او من اقاربه او من الاجانب ولكنه فى حالة اختياره من الاجانب كانوا يشترطون موافقة القبيلة عليه . فاذا لم توافق كان من حقها تعيين الخليفة الذى ترى صلاحيته للقيام بما يطلب منه من واجبات : فاذا عين الخليفة قام مقام الموصى فى الحقوق التى كانت له وفى الواجبات التى كانت عليه فى الحروب والغزوات وتنتقل اليه الرياسة على الاسرة - والزوجة والاولاد والتصرف فى الاموال من حين الاستخلاف . كيف يشاء . وليس لرب الاسرة - الموصى - اى يعارض فى شئ من هذه التصرفات . ولما ينطوى عليه هذا النظام من قسوة على المالك - الموصى - فقد ادخلوا عليه تعديلا يضمن للمالك حق التصرف فى امواله حال حياته الى مماته . وذلك بكتابة الوصية واضافة تنفيذها الى ما بعد الموت . ثم فى عهد اغسطنيانوس . وضعت احكام للمواريث تتلخص فيما يأتى :-

أ - طريق الميراث القرابة - ويقدم الاقرب فالاقرب . يستوى الذكر والانثى فى اصل الاستحقاق وفى قدره ويحل ولد من مات من أولاد المتوفى محله فيستحق نصيبه .

ب - عند عدم وجود الفرع كان الميراث للاصول ويشترك معهم الاخوة الاشقاء . فاذا

---

١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٥٣ ٥٤٦ .
٢) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٢
٣) انظر كتاب بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى سلسلة دراسات اسلامية للدكتور صوف حسن ابو طالب ص ١٤٤ والوصايا فى الفقه الاسلامى محمد سلام مذكور ص ١٥

وجد مع الاصول اخوة اشقاء او اخوة غير اشقاء او اقارب انفرد الاصول وحجب الاقرب منهم الابعد .

جـ- اذا لم يكن له فروع ولا أصول ولا اشقاء ولا نسل لهم ورثة الاخوة غير الاشقاء بالتساوي : فاذا لم يوجد احد من هؤلاء كانت التركة لبيت المال - او للجماعة - ولا حق للزوجة في ميراث زوجها .(١)

ب- مجمل الميراث عند قدماء اليونان

كان الميراث عند قدماء اليونان عبارة عن وصية يصدرها رب العائلة امام الجمعية العامة التي تصدق عليها اذا لم يوجد معترض مع ملاحظة ان هذه الوصية كانت تحتاج الى الحكم بصحتها اذا حدث تنازع بين الموصى وبين اى انسان يتصدى لمنازعته وكان الحكم الذى يصدر بصحة الوصية قابلا للطعن فيه في اى وقت من اى انسان لان القوانين اليونانية تعتبر اموال العائلات جزءا من الثروة العامة وتعتبر كل فرد وكيلا عن الحكومة في ادارة الاموال التى تحت يده لا يتصرف الا بما يتفق مع المصلحة العامة(٢) وبمجرد وفاة الشخص تنتقل هذه الاموال الى الموصى له .

ثم حدث تطور في فكرة حيازة التركة . فاصبح للاقارب عن طريق النساء حق معين في الميراث في حالة عدم وجود احد من العصبة فاعطوا الاخت من ميراث اخيها عند عدم وجود اخوة أو أبناء أخوة وورثوا البنت اذا لم يكن فرع من الذكور وكان الرجل اذا مات عن بنت فقط فانهم كانوا يسمونها بنت الميراث . لانهم كانوا يلزمونها اذا تزوجت وانجبت ولدا ان تنسبه الى ابيها هى كى يرث تركته . وبذا تكون هى واسطة في الارث لا وارثة .

مجمل الميراث عند قدماء المصريين

كانت الارض بمصر ملكا للفراعنة دون بقية افراد الشعب الذى كان يملك فقط حق الانتفاع دون التملك . حتى جاء عهد الفرعون اباخور . فاجاز لافراد الشعب حق التملك (٣) للاراضى ثم تبع ذلك ان منحهم حق توريثها من بعدهم لاولادهم ذكورا واناثا بالتساوى كما ورثوا الام والاخت والزوجة . والعم والعمة والخال والخالة واحلوا أولاد الابن المتوفى قبل ابيه محله في استحقاق ما كان يستحقه ارثا لو كان حيا .

....

١) انظر كتاب بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى سلسلة دراسات اسلامية للدكتور صوفى حسن ابو طالب ص ١٤٤ والوصايا في الفقه الاسلامى محمد سلام مذكور ص ١٥ .
٢) انظر محاضرات في الميراث المقارن للاستاذ الشيخ عبد الرحيم الكشكى ص ٥
٣) الملكية العقارية في مصر وتطورها التاريخى من عهد الفراعنة حتى الان - محمد كامل مرسى .

فهم بذلك عرفوا • توريث الاناث مع الذكور وقد عثر على بعض العقود التي تفيد ان نصيب البنت كان اقل من نصيب اخيها الاكبر بجزء قليل • وذلك بتنازل اختياري منها نظير تمتعه في تقسيم التركة •

مجمل الميراث عند اليهـــــود

تتضمن احكام الميراث عند اليهود انه لا ميراث للبنات او الزوجة او احد الاقارب مع الولد الذكر • والقاعدة عندهم ان التركة تنتقل الى الفروع • فان لم يوجد فرع وارث انتقلت الى الاصول • فان لم يوجد أصول انتقلت الى الحواشي : والمتبع مع هذه الطبقات الثلاث ان ورثة الطبقة المتقدمة يحجبون ورثة الطبقة المتأخرة فلا يرث الاباء مع الابناء • ومن جهة أخرى تجب التفرقة بين الذكور والاناث داخل الطبقة الواحدة مع تطبيق قاعدة قيام الفرع مقام الاصل في الارث • ولا فرق عندهم بين ان يكون الولد من زواج مشروع او غير مشروع (١) •

مجمل الميراث عند العرب قبل الاســــلام

كان الميراث عند العرب من حق الذكر البالغ فاما النساء والاطفال • فانهم كانوا لا يعطون منه شيئا • بل ان بعض العرب كان يجعل نساء الميت ضمن التركة التي تؤول الى مستحقها ضمن باقي التركة • فاما الطفل فانه لا يرث لانه لا يستطيع حماية القبيلة والذود عن حياضها • بل كان الميراث من مستحقات حامي الذمار وحامل لواء الدفاع عنها وكذلك لا تستحق المرأة شيئا من الميراث لانها لا تحمل السيف ولا تخوض غمار الحروب • وانما كان الوارث هو الابن الكبير البالغ او اخوه او عمه او ابن عمه لا بسبب القرابة فحسب بل بالقدرة معها على حماية العشيرة والذود عن حياض القبيلة • بعد ان يتحقق شرطي الذكورة والبلوغ كانت اسباب الميراث عندهم ثلاثة • القرابة ـ المحالفة ـ التبني •

أ ـ التوارث بالقرابــــة :

كان لابد مع القرابة من القدرة على الدفاع عن القبيلة ـ وهذا لا يتأتى الا من ذكر بالغ وكانت تحرم منه المرأة كما سبق •

ب ـ التوارث بالتحالـــف :

لقد نبعت فكرة التحالف من حاجتهم الملحة دائما الى تدعيم مركزهم الحربي

....

١) بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني : ص ٧١ •

والدفاعي ومعنى التحالف ، ان يقول الرجل منهم للاخر دمي دمك ، وهدمي هدمك (١) وترثني وارثك وتطلب بي واطلب بك : ويقبل الاخر على ذلك ، فاذا تم التعاقد فايهما مات قبل الاخر ورثه صاحبه ، والى ذلك يشير قوله تعالى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون – والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ان الله كان على كل شئ شهيدا (٢) ، على ما ورد عن بعض السلف

وقد ظل هذا السبب معمولا به فترة فى صدر الاسلام ، ثم ابطل العمل به على ما عليه عامة الفقهاء والمفسرين ، وكان ذلك بعد نزول قوله ، تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله ولكن الحنفية يرون بقاء هذا السبب الى اليوم غايته الامر ان الاية الثانية افادت تأخير التوارث به بعد ذوى الارحام حيث جعلت لذوى الارحام الاولوية ولم ترفع الحكم المقرر فى الاية السابقة : فاذا لم يوجد ذووا – ارحام كان حق المتحالفين باقيا .

والحق ما ذهب اليه الجمهور لان الله بين اصحاب الحق وفصلهم وبين حقوقهم فى آيات الميراث ، وليس بينهم المتحالفون وان المطلوب : من اعطاء المتحالفين نصيبهم – اى من النصيحة والمشورة والوصية وليس ذلك فى الميراث ، كما فسره بذلك ابن عباس . (٣)

ج – التوارث بالتبنى

واما التوارث بالتبنى : فان الرجل كان يعمد الى ولد غيره فيتخذه ابنا له ينسب اليه دون ابيه الحقيقى ومقتضى هذا التبنى كان يجرى بينهما التوارث اذا توافر شرط البلوغ – لان الولد كان ينزل منه منزلة الابن من النسب ، ويعامل معاملته ومعلوم ان الابن النسبى كان لا يرث الا اذا كان كبيرا .

وقد بقى هذا السبب للميراث فى صدر الاسلام وباشره الرسول عليه السلام حين اعتق مولاه زيد بن حارثه وتبناه على مسمع من ابيه وعمه حينما بحثوا عليه فوجدوه عند الرسول عليه السلام ، وخيره الرسول بين الذهاب معهم والبقاء معه ، فلما عيروه باختيار العبودية على الحرية اعتقه الرسول وتبناه ، قائلا انه ابنى ارثه ويرثنى ، وحين ابطل الاسلام التبنى ، بطل معه بالضرورة التوارث به – وكل ما يترتب عليه من احكام . (٤)

....

١) الهدم بسكون الدال – المهدر من الدماء – وقيل القبراى قبرى قبرك القاموس المحيط – ماده هدم
٢) الاية ٢٣ من سورة النساء .
٣) احكام القرآن للقرطبى جـ ٥ سورة الانفال .
٤) انظر تفسير قوله تعالى – ما جعل ادعياءكم ابناءكم – سورة الاحزاب الايات ٤ ، ٥ فى كتب التفسير القرطبى – جامع الاحكام وغيره .

الميراث في التشريع الاسلامي

في بدء تكوين الدولة الاسلامية الجديدة بالمدينة استحدث الرسول عليه السلام من القيم والروابط ما به تتحد الكلمة ويتماسك البناء ويقوى الكيان الجديد . وتمثل ذلك في انشاء رباط المؤاخاه في العقيدة والتي كانت لها من الاثار في المجالات المختلفة من اقتصادية واجتماعية وعسكرية ما يبرهن على حسن التقدير والحكمة البالغة التي كان ينشئ بها الرسول دولته . ثم ضم الى ذلك مبدأ آخر هو مبدأ الهجرة وجعل لها من المزايا ما يدفع اليها : فقد جعل للذي يرتفع اهتمامه بعقيدته الى درجة تجعله يستغني عن ماله وعقاره فيهاجر فرارا بدينه جعل له ميزة خاصة . حيث كافأه على هذه الهجرة فجعل من حقه ان يرث بها اخاه هذا بجانب الابقاء على الاسباب الاخرى - وهي القرابة والتبني - والمحالفة .

وباضافة هذين السببين دعت اليهما حاجة الدولة العاجلة الى خلق أمة قوية متحدة الهدف والغاية حتى تستطيع القيام بما يسند اليها من تسلم زمام البشرية لتقودها نحو التقدم - والحضارة في مختلف المجالات وشتى الميادين من هنا جعل الاسلام الاخوة - والهاجرة من مكة الى المدينة من اسباب الارث .

يقول تعالى : (ان الذين أمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وانفسهم في سبيل الله - والذين أووا ونصروا اولئك بعضهم أولياء بعض - والذين أمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا . وان استنصروكم في الدين فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعملون بصير (1) .

فقد قال جماعة من العلماء منهم ابن عباس والحسن ومجاهد وقتادة ان الولاية في هذه الاية هي الوراثة وان كان فريق آخر منهم الامام الرازي يقول ان المراد بالولاية - المناصرة والمعاونة . وعليه فلا تكون الاية مقررة لما نحن بصدده .

ولقد بقيت الاسباب كذلك حتى ادى كل دوره في انشاء الدولة الجديدة وتدعيم بنائها . ثم استغنى عنه وكان ذلك بعد ان رسخ الايمان في القلوب واستوعب المؤمنون الهدف الحقيقي الذي يرمي اليه الاسلام عندئذ أبطل ما اراد ابطاله في تدرج ورفق وهو يأمن حدوث آثار عكسية للتغيير الجذري :

. . . .

1) الاية ٧٢ من سورة الانفال .

الذى يقوم به فابطل التوارث بالتبنى حين ابطل التبنى نفسه : بقولــه تعالى ما كان محمد أبا احد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان اللــه بكل شئ عليما (١) ـ وبقولــه ـ وما جعل ادعياءكم ابناء والله يقول الحــق وهو يهدى السبل ادعوهم لآباءهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم . (٢)

وابطـل التوارث بالهجرة والمحالفة والمؤاخـاة بوقله . تعالى ـ واولــو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين الا ان تفعلـوا الى اوليائكم معروفا كان ذلك فى الكتاب مسطور (٣) .

وبقولـه فى سورة الانفال . واولوا الارحـام بعضهم أولى ببعض فى كتـاب الله ان اللــه بكل شئ عليم . (٤) .

ولقد خالف الحنفية الجمهور بالنسبة للارث بالتحالف ـ وقالوا انه مازال باقيا . غاية الامر انه أخر عن أولى الارحام بمقتضى الاولوية التى منحتهم الاية . وهــذا لا يقتضـى الالغاء ولكن يقتضـى التأخير فقط .

ولكن الجمهور رد ذلك بان الاية التى ذكرت فيها المخالفة ليست فى انشاء حكم الارث لهم ـ حتى نحاول التوفيـق . بين نصين تعارضـا . بل انه كــان موجودا قبل الاسـلام وبقـى فترة من الزمن ثم بينت أية الارحام ان بعضهــم أولى ببعض ونصلت آيات المواريث والسنة الانصبـاء ومقاديرها ـ وحددت الوارثين على وجه الحصر وليس منهم المتحالفون فدل ذلك على ان هذا الحكم كان معمـولا به الى وقت البيان حتى اذا تبين الامر لم يكن هذا السبب قائما :

والايـة على ذلك فى التناصح والتناصر بين المتحالفـين وليست فــى الارث وعلى ذلك كان رأى ابن عباس رضـى الله عنهمـا .

د ـ عدالة التوريث فى الاســلام

يعتبـر الميراث نتيجة حتمـية للملكيـة الفرديـة التى اقرها الاسلام وحافـظ عليها . ووضـع سبل الحمايـة النافيـة التى تكفـل سلامتها لتهيئـة المناخ الطيـب الذى تنمو فيـه وتزدهر : فحرم السرقـة ـ وشدد فى عقوبتها وضرب على يــد قطاع الطريـــق وحدد العقاب الرادع لهم ـ الى غير ذلك من الوسائل :

....

١) الاية ٤٠ من سورة الاحزاب .
٢) الاية ٤ ، ٥ من سورة الاحزاب يراجع احكام الجصاص لابن العرب جـ ٢ ص ٩٢ ـ ٩٤
٣) الاية ٦ من سورة الاحزاب .
٤) الاية ٧٥ من سورة الانفال المتبنى كان زيد بن حارثه انسبه .

ولقد ادرك الاسلام منذ بدايته قيمة الجهد الفردى فى خدمة اقتصاد الامة وتنميته : فعمد الى تحريك الدوافع الكامنة فى نفس الانسان نحو العمل المثمر البناء وعد ذلك عباده يثاب الانسان عليها آجلا علاوة على ما يحصله من الكسب العاجل : ومن اهم الحوافز التى تدفع الانسان لتنمية ثروته ان يقر فى نفسه ان هذا المال سوف يصير بعد وفاته الى احب الناس اليه واقربهم الى قلبه . وهم اقرباؤه - مراعيا فى تقسيم المال الذى يتركه درجة القرابة التي تربط الوارث بالمورث - والاعباء التى يتحملها كل من هولاء . فجعل للذكر مثل حظ الانثيين .

ونحن اذا قارنا مجمل ما مر فى الانظمة السابقة نتبين ان الاسلام تجنب ما فيها من حيف . فلم يطلق يد المورث فى المال يلقى به حيث يشاء ولم يحط بعض القرابة ويحرم البعض على نحو يتنافى والعدالة الانسانية والصلة الوثيقة التى تربط بين الوارث والمورث ولم يحرم الزوجة من مال زوجها ولا الزوج من مال زوجته . فتكوين هذه الثروة غالبا ما يكون نتيجة جهد مشترك من الطرفين فمن الحيف اذن ان يحرم احدهما من ثمرة كده .

وأنصف المراة التى كانت تعد ضمن متاع الميت تورث عنه . ونحن اذا اردنا ان نستقصى مزايا الاسلام فى هذه الناحية لاحتاج ذلك الى رسالة مستقلة - وقصارى القول فيه انه تنزيل من حكيم حميد - وصدق الله العظيم - ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا .." (٢)

....

٢) الاية ٨٢ من سورة النساء

المبحث الثانـــــى

اركان الميراث واسبابه

وقبل بيان الاسباب نبين مجمل اركان الميراث ، فنقول ، انه لابـــد من وجود ثلاثة امور حتى يتحقق الارث وتسمى اركان الميـراث - وهـى مورث - ووارث - وموروث :

١) المورث : بتشديد الراء مكسورة - هو الميت حقيقة بان عدمت حياتـه بعد وجودها - او حكما بان حكم القاضى بموته مع احتمال حياتـه او كالمفقود ، والمرتد - على رأى ابى حنيفة او تقديـــرا - كالجنين الذى ينفصل ميتا بجناية على امـــه .

٢) الوارث : هو من ينتمى الى المورث بسبب من أسباب الارث الاتيـــة وان لم يأخذ بالفعل لمانع .

٣) الموروث : هو ما يتركه المورث من المال او الحقوق التى تورث عنه :

بعد وجود الاركان نبين الاسباب ، التى لابد من تحققها - ثم الشروط التى لابد من توفرهـــا حتى يوجد الصورة الكاملة للميراث

ب - أسباب الميـــراث

الاسباب جمع سبب - وهو فى اللغة ما يتوصل به الى غيره - وبالمعـــنى الاصطلاحى هو مايلزم من وجوده وجود الحكم من عدمه عدم الحكـــم لذاته - والمراد تعبير لذاته اى ان يكون الوجود - والعدم بالنظـــر الى نفس السبب دون النظر الى شىء آخر كأن يوجد الشئ لسبب آخـــر ويمتنع وجوده لوجود مانع خارجى غير انعدام السبب .

وأســباب الميراث قد عدها جمهور الفقهـــاء ثلاثـة :

١) القرابـــــة
٢) النكـــاح
٣) الــــــولاء

وزاد الامامـــان مالك والشافعـــى سببا رابعـــا للميراث - هو بيت المال :

بشرط انتظامه *. ومعنى انتظامه - ان يأخذ موارده من وجوهها الصحيحة التي سار عليها السلف الصالح - وان تصرف في الوجوه المشروعة - ويؤول المال لبيت المال ارثا - بالنسبة للمسلم الذي لا وارث له: بسبب من الاسباب الثلاثة التي هي - القرابة - والنكاح - والولاء: فاما تركة الكافر الذي لا وارث له مستغرق فتنتقل التركة او باقيها لبيت المال فيئا لا ارثا (١)

ودليلهم على ما ذهبوا اليه: السنة - والمعقول.

أولا: من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: انا وارث من لا وارث له أعقل عنه وارثه. (٣).

ووجه الدلالة - منه ان الرسول عليه السلام قد أخبر بانه يرث من لا وارث له - ومعلوم انه لا يرثه بصفته الشخصية بل يرثه بوصفه الحاكم العام لجماعة المسلمين والنائب عنهم.

ثانيا: من المعقول: فان بيت المال يعقل عنه اى يدفع عنه الدية اذا لم تكن له عائلة - فاذا غرموا عنه كان المقبول والمعقول ان يغنموا منه اذا لم يكن له وارث خاص. لان الغنم بالغرم. (٢).

ويرى: الاخرون الاحناف وغيرهم ان المال يؤول الى بيت المال على انه مال ضائع لا على انه ميراث ووجهة نظرهم. ان بيت مال المسلمين لا يكون وارثا. بدليل انه يأخذ مال الكافر ايضا عند فقد الوارث الخاص ولو كان الاخذ على سبيل الميراث ما ساغ له ان يأخذه لاختلاف الدين. ورد ذلك. بان ميراث المسلم من الكافر ليس محل اتفاق. بل منهم من ذهب الى انه المسلم يرث قريبه الكافر وعلى فرض انه لا يرثه اتفاقا - فان المال يصير الى بيت المال باعتباره فيئا لا ارثا (٤). ولا تناقض بين الاثنين.

الكلام على الاسباب

أ - القرابة - وهي كل صلة سببها الولادة. وهي سبب للميراث من الجانبين

١) حاشية الشرقاوي على التحرير ج ٢ ص ١٦٥:
* بلغة السالك لموطأ مالك ج ٢ ص ٤٧٦ - مغني المحتاج ج ٣ ص ٤
٢) حاشية الشرقاوي على التحرير ج ٢ ص ١٦٥
٣) نيل الاوطار ج ٦ ص ٦٢
٤) الشرقاوي على التحرير ج ٢ ص ١٦٥

وتختلف انصباؤهم تبعا لاختلاف وضعهم - وهم ثلاثة انــواع

أ - اصحاب الفروض - اى النصيب المقدر - كالثلثين - والنصف - والثلث - والربع - والسدس - والثمن - وهم عشرة - الاب - والام - والجد - الصحيح وان علا - والجدة كذلك - والبنت - وبنت الابن وان نزل - والاخت الشقيقة - والاخت من الاب - والاخت لام - والاخ لام - وهؤلاء مقدمون فى الارث على من عداهم من القرابة - لقوله صلى الله عليه وسلم : الحقوا الفرائض باهلها فما بقى - فهو لاولى رجل ذكر : متفق عليه (١) .

ب - العصبات - والعصبات جمع عصبة - وهى مأخوذة من عصب القوم بفلان عصبا اذا احاطوا به وذادوا عنه حماية له : - ومن هنا سمى قرابة الانسان الذكور الذين يدلون اليه بالذكورة - عصبة - لانهم يحيطون به ويذودون عنه : وقد استعملها الفقهاء فى الواحد . لانه يقوم مقام الجماعة فى احراز جميع المال . كما اطلقت على الانثى . فى لسان الشرع - فى بعض الاحوال .

وتنقسم العصبة عند علماء الميراث الى قسمين :

أ - عصبة نسبية . ب - وعصبة سببية .

ومتى وجد واحد من العصبة النسبية حجبت العصبة السببية .

العصبة النسبية وانواعها

هى ماكانت من جهة القرابة الحقيقية وانواعها ثلاثة

١) عصبة بالنفس

٢) عصبة بالغير

٣) عصبة مع الغير

أولا : العصبة بالنفس : وهى كل قريب لا ينتسب للميت بانثى فقط سواء انتسب اليه مباشرة كالابن والاب او انتسب اليه بواسطة ذكر آخر كابن الابن - او بذكر وانثى كالاخ الشقيق .

....

١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٥٥

وتعرف العصبة بالنفس بأنها كل من احرز جميع المال بجهة واحدة عند الانفراد ، وأخذ الباقى بعد اخذ اصحاب الفروض فروضهم ويسقط اذا استغرقت الفروض التركة .

وهى منحصرة فى جهات اربع مرتبة على الوجه التالى :

أولا : جهة البنوة - وهى جزء الميت من الابن وابن الابن وان نزل :

الثانية: جهة الابوة - وهى أصل الميت من الاب وابى الاب مهما علا .

الثالثة: جهة الاخوة - وهى جزء أبيه ، وهى تشمل الاخ الشقيق ثم ابن الاخ الشقيق ، ثم ابن الاخ الاب .

الرابعة: جهة العمومة - وهى جزء جده ، وهو العم الشقيق ثم العم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لاب .

ثانيا : العصبة بالغير - وهى كل انثى لها فرض تحتاج فى كونها عصبة - الى عاصب بنفسه فتشاركه فى العصوبة ، ولا يكون هذا النوع الا فيمن فرضه النصف عند الانفراد والثلثان عند التعدد : وهى تنحصر فى الاتى :-

١) البنت مع الابن .

٢) بنت الابن مع ابن الابن ، وكذا بنت ابن مع ابن ابن آخروان نزل اذا كانت بحذائه لانه مثل أخيها فى الحكم واما لوكانت فوقه كعمته - وبنت عم ابيه - فيشرط كونها ليست وارثة بالفرض .

٣) الاخت الشقيقة مع شقيقها - اما مع الاخ لاب فلها النصف ان انفردت والثلثان للاكثر .

٤) الاخت لاب مع الاخ لاب : وتقسم التركة بينهم للذكر مثل حظ الانثيين .

ثالثا : العصبة مع الغير: وهى كل انثى لها فرض مقدر شرعا فى الاصل ، وتحتاج فى كونها عصبة الى انثى أخرى لم تشاركها فى تلك العصوبة - وتنحصر فى اثنين فقط ، وهما :

١) الاخت الشقيقة فاكثر مع البنت فاكثر - او بنت الابن كذلك وان نزلت .

٢) الاخت لاب فاكثر مع البنت فاكثر او بنت الابن كذلك .

ب - العصبة السببية

والعصبة السببية قرابة حكيمة سببها العتق . فالمعتق يسمى مولى عتاقه - وهو للعتيق عصبة سببية لان الشارع جعل صلة المعتق بعتيقه في حكم صلة القريب بقريبه . فورثه منه جميع المال اذا انفرد والباقي بعد اصحاب الفروض . وقبل الرد عند عامة العلماء (١)

وروى : عن عمر وابن مسعود وابن عباس . وجمع من فقهاء الصحابة ان ارث العصبة السببية مؤخر عن ارث ذوى الارحام* واستدلوا على ذلك بما يلى من الكتاب والسنة .

أ - اما الكتاب فقوله تعالى - واولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله . ووجه الدلالة منه ان الله اثبت ان ذوى الارحام بعضهم - اقرب لبعض ممن ليس له رحم - والميراث مبنى على القرب فهم أولى بميراث بعضهم . واذن فتوريث ابن المعتق دون ابن بنت المتوفى مثلا فيه منافاة لهذه الاولوية التى تقتضيها الاية الشريفة (٢).

ب - ماروى من قوله صلى الله عليه وسلم : لمن اعتق عبدا هو مولاك . فان شكرك فهو خير له - وان كفرك فهو شر له وخير لك - وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته ووجه الدلالة منه ان الحديث صريح فى اشتراط التوريث لمولى العتاقة الا يترك المعتق وارثا - وذوو الارحام من الورثة - واذن فلا ارث للعصبة السببية عند وجودهم وقد رد الجمهور هذا الاستدلال بما يلى :-

١) ان الاية انما اثبتت أولوية الميراث لذوى الارحام على التوارث - بالمؤاخاة - والمهاجرة - ويؤيد سبب نزول الاية فإنها لم تتعرض للعصبة السببية .

٢) واما الحديث . فانه قال فى آخره - ولم يترك وارثا يعنى به العصبة . بدليل ماجاء فيه بعد ذلك كنت انت عصبته . وهذا يدل على ان

....

١) راجع مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣ ، الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٦٧ - على الشرقاوى التحرير جـ ٢ ص ١٦٧

* نيل الاوطار جـ ٦ ص ٦٩

٢) نظام المواريث فى الشريعة الاسلامية عبد العظيم فياض ص ١١٥ .

ولاء المعتاقة عصبة كعصبة النسب يتقدم تقدمها : وقد قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب فالمشبه يأخذ حكم المشبه به .

ج - النوع الثالث الذى تصدق عليه القرابة ذو الارحام :- وهو كل قريب : لا فرض له ولا عصبة مثل ابن البنت - وابن بنت الابن وابن الاخت - وبنت الاخ - وبنت الاخ . وبنت العم - ومثل العمة - والخالة - والخال - وفروعهم : وسوف نتكلم عن ميراثهم فى مبحث مستقل ان شاء الله تعالى .

السبب الثانى :

النكاح :- وهو - عقد الزوجية الصحيح - ويحصل به التوارث وان لم يحصل دخول - ولا وطء ولا خلوة ما دام العقد عند وفاة احدهما قائما حقيقة وذلك اذا لم يحدث طلاق او حكما كالمعتده من طلاق رجعى - وحدث الموت قبل انقضاء العدة . فانها ترثه . لان الرجعية زوجة مادامت فى العدة .

السبب الثالث:

الولاء : ومعناه - فى اللغة النصرة - وفى اصطلاح الفقهاء يراد به احد امرين .

الامر الاول : -ولاء العتق - وهو قرابة حكمية بين المعتق وعتيقه أنشاها الشارع بسبب العتق مكافأة للمعتق على منح الحرية الى مملوكه - وتشجيعا على الاقدام عليه وتوسيعا لدائرة الحرية لتشمل كل رقيق وقدمنا قريبا الكلام على ترتيبه بين اسباب الارث .

اما الامر الثانى : - فهو ولاء الموالاة :- وهو ما كان عليه العرب من التوارث بالنصرة - والمعاهدة : فكان الرجل يعاقد الرجل على النصرة وعلى التوارث فاذا مات احدهما قبل الثانى ورثه .(١)

....

١) راجع احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٢٥ وما بعدها .

ولقد اختلف الفقهاء فى بناء هذا الحكم : بعد نزول قوله تعالى — واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله : وكان خلافهم على رايين :

الرأى الاول : رأى الجمهور بل عامة الفقهاء ماعدا الحنفية • على ان هذا السبب للتوارث • قد نسخ بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين الا ان تفعلوا الى اوليائكم معروفا كان ذلك فى الكتاب مسطورا •

والرأى الثانى : يرى — ان الارث بالتحالف باق لم ينسخ غير انه آخر عن ذوى الارحام : وقد استدل كل على ما ذهب اليه بادلة • نوردها على الوجه التالى :—

أولا : أدلة الجمهور : وقد استدل الجمهور على ما ذهب اليه بالكتاب والسنة :— اما الكتاب

١) فقوله تعالى : ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون — والذين عقد ايمانكم فآتوهم نصيبهم (٢) ووجه الدلالة من الاية : كما روى عن ابن عباس انه قال كان المهاجر يرث الانصارى دون ذوى رحمة بالاخوة التى آخى الله بينهم فلما نزلت ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون نسخت • ثم قرأ (والذين عقدت اغانكم فآتوهم نصيبهم • قال من النصرة والرفادة ويوصى له — وقد ذهب الميراث • ومعنى هذا ان ابن عباس يرى ان التوارث الذى كان موجودا بين المتحالفين قد قصره الله تعالى على الوالدين والاقربين وقد وضحت آيات المواريثين • الوارثين وانصباءهم وليس فيهم الارث بالتحالف • فدل ذلك على ان المراد بقوله تعالى — والذين عقدت ايمانكم يراد بها بيان ما بقى للمحالفين بعد قصر التوارث على الوالدين والاقربين وهو النصرة والرفادة — وانه يوصى بشىء من الثلث (٢)

٢) وبقوله تعالى : واولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجر من الا ان تفعلوا الى اوليائكم معروفا كان ذلك فى الكتاب مسطورا (٣) • ووجه الدلالة — من الاية ان الله قد جعل المولاة والتوارث الذين كانا بين المتعاقدين — الى الارحام : وحيث فصلت

....

١) الاية : المرجع السابق
٢) الاية : ٣٣ — من سورة النساء
٣) الاية ٦ من سورة الاحزاب •

آيات المواريث والوارثين وميراثهم على وجه العموم - ولم يذكر منهم المتحالفين دل ذلك على أن هذا مقصور على أولى الارحام - وليس ذلك لغيرهم ولم يبق للاولياء الا ان تكون له وصية من ثلث المال فهى جائزة ٠

ثانيا : أدلتهم من السنة : واما ما استدلوا به من السنة فهو مايلى :-

١) قال عليه الصلاة والسلام : لا حلف فى الاسلام - وايما حلف كان فى الجاهلية لم يزده الاسلام الا شدة ٠ (١) ووجه الدلالة منه ان الرسول عليه السلام قد ابطل الحلف فى الاسلام ٠ ويلزم ذلك منع التوارث به : وقد بين الرسول ان ليس لهذا التحريم اثر رجعى فلا ينسحب حكمه على التحالف الذى كان موجودا قبل هذا الحديث : الا انه منع من تجديده او ابتداء عقده ٠

ثانيا : ادلة الحنفية : وقد استدل الحنفية من ذهب مذهبهم على ان التوارث بالموالاة باق - ولكنه متاخر عن ذوى الارحام بما يلى : من الكتاب :

أ - بقوله تعالى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدين والاقربون والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم ان الله كان على كل شئ شهيدا (٢) ووجه الدلالة من الاية : ان الله تعالى قرر ما كان ثابتا من التوارث بالمولاة والمخالفة وامر بايتائهم نصيبهم من الميراث (٣) واية - الاحزاب - وهى قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ليست ناسخة لان - النسخ يصار اليه عند التعارض ولا تعارض فيكون حكمها باقيا غايته الامر انها دلت على تقديم اولى الارحام اذا وجدوا على الحالف ٠ فهو لا يرث الا اذا كانوا غير موجودين : ونحن نقول بهذا ولا يضرنا تأخيرهم فى المرتبة : والواو فى قوله والذين : تكون عاطفة ٠

ب - واما من السنة : فبقوله صلى الله عليه وسلم حينما سأله تميم الدارى ٠ قائلا يارسول الله ان الرجل ليأتينى فيسلم على يدى ويوالينى : فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك ٠ فانت احق به محياه ومماته ٠ (٥)

....

١) احكام القرآن - للامام الجصاص ج ٢ ص ٢٢٧ :
٢) الاية ٣٢ من سورة النساء
٣) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٤٣
٥) المرجع السابق ٠

ووجه الدلالة من الحديث ان الرسول عليه السلام ، قد حكم بان من أسلم على يدى رجل ووالاة : او عقد معه حلف موالاة ومناصرة بانه يكتسب من هذه المحالفة صفة تشبه صفة الاخوة : التى من اثرها : العقل تحمل الديه — والارث : وان هذا من حقه فى الحياة يعقل عنه وبعد الموت فانه يرثه .

جـ — وقالوا ان المعقول : ان الانسان اذا كان لا يستطيع ان يتصرف فى تركته بعد موته الا فى حدود الثلث ثم يكون التصرف فيما زاد موقوفا على اجازة الورثة . فان من حقه اذا لم يكن له وارث ولا ذو رحم ان يعهد بتركته لشخص : وهذا شبيه بجواز الوصية باكثر من الثلث اذا لم يكن له وارث . وقد سبق تفصيل ذلك ولان من عاقده أولى من جماعة المسلمين : لانه ساواهم فى الاسلام وزاد عليهم بعقد الموالاة (١) .

المناقشة :

أولا : مناقشة ادلة الجمهور — وقد نوقشت ادلة الجمهور على النحو التالى :—

١) ان ما ذهبتم اليه على ما قال ابن عباس : طمن أن الاية ليست فى التوارث — ولكنها لبيان ما للاولياء من النصرة والنصيحة : لا يلزمنا لانه قد نقل عن جمع من الصحابة : أن الواو للعطف — وانها فى الميراث : والمعنى فاعطوهم نصيبهم من الميراث . وهو منقول عن عمر وابن مسعود — وغيرهم (٢) . فما ذهبتم اليه ليس متعينا .

٢) واما استدلالكم بالاية الثانية — وهى واولوا الارحام بعضهم أولى ببعض ... الخ لا يدل لكم : أولا — لان الاية فى التوارث بالهجرة والمآخاه — ولم تتعرض للارث بالمحالفة — فهى فى غير محل النزاع .

ثانيا : وعلى التسليم بانها فى محل النزاع . فلا تدل على النسخ . بل غاية ما تدل عليه هو اعطاء الاولوية لذوى الارحام ومقتضى هذا انه اذا وجد ذووا ارحام قدموا ولم يكن للمحالف شئ : فاذا لم يوجد منهم احد . كان الميراث بالتحالف قائما .

٣) ويناقش الحديث : بانه يحتمل — ان يكون المراد به حلف الجاهلية : الذى كان يقول فيه دمى دمك وهدمى هدمك ومعنى ذلك انه كان ينصره
....

١) المبسوط جـ ٣٠ ص ٤٤

٢) احكام القرآن — للجصاص جـ ٢ ص ٢٢٦ — المبسوط للشرخسى جـ ٣ ص ٤٣

٣)

ظالما او مظلوما - وهذا شئ حرمه الاسلام : بقوله تعالى ياايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا (١) فاما ماعدا ذلك ، فهو باق على الجواز (٢) .

وقد ردت هذه المناقشة بما يلى :

١) أن ما فسر به ابن عباس الاية أولى ويتعين اذ لو كان المراد : ادخال الذين عقدت ايمانكم : لجاء النظم الكريم هكذا - ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون والذين عقدت ايمانكم : ولم تكن هناك حاجة : لذكر فآتوهم نصيبهم ، لان الحكم الذى ثبت للمعطوف عليه وهم الوالدان والاقربون قد ثبت للمعطوف ، ولكن حين كان المراد اعطاءهم شيئا غير الذى ثبت للوالدين والاقربين أتى بها ولذا نبه عليه من غير تحديد له وتعيين لانه يريد اعطاءهم كل بحو صلة ووصية ماعدا الذى ثبت لغيرهم من الميراث بالايات التى فصلت ذلك (٣) .

٢) ورد كذلك بان الاية تشمل ايضا المتحالفين لانهم مؤمنون ، ويكون المعنى ومن المؤمنين المتوارثين باى نوع من الانواع عن التى فصلت وبنيت على سبيل الحصر : فى آيات المواريث .

وليس المراد باولى : ان هناك مفضلا ومفضلا عليه : بل افعل التفضيل على غير بابه : بدليل انكم متفقون معنا على بطلان التوارث بالهجرة ، فلو كان على بابه لاقتضى ذلك التوارث بالهجرة والمؤاخاه ولا قائل به .

٣) وترد مناقشة الحديث ، بان النفى عام ، وحمله على فرد بعينه من غير مسوغ تحكم لا مبرر له .

ثانيا : مناقشة ادلة الحنفية القائلين بتوريث المحالف .

وقد نوقشت ادلتهم بما يلى :-

....

١) الاية ١٣٥ من سورة النساء .
٢) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ - ط المطبعة البهية المصرية ١٣٤٧ هجرية .
٣) وانظر الجامع لاحكام القرآن - للقرطبى ج ٥ ص ١٦٦ .

١) على فرض انه لا تتعارض حتى يصار الى النسخ ، فاننا نقول انها باقيـــة فى النصرة والمناصحة والوصيـــة ، لان الرسول قد ابطل التحالـــف بالحديث الذى مر وهو قوله عليه السلام لاحلف فى الاسلام .

٢) ورد الحديث الذى ذكروه بانه على فرض سلامته فانه يحتمل ان يكون قبل الحديث الذى سبق ، اما بعده فلا حكم له ، والدليـل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال .

٣) ويرد المعقول ، بانه رأى فى مقابل النص فلا يقبـل .

الترجيـــح :

وبالنظـر فى ادلـة الفريقين وما ورد على كل منها من مناقشة يتبين لنا ان ماذهب اليه الجمهور ، هو الاولـى بالقبـول : لان رسول الله عليه الصلاة والسـلام قال انا وارث من لا وارث له أعقل عنه وارثـه : والوارث عند الاطلاق يتبـادر انه القريـب او الزوج او المعتق للنص الصريـح عليهم ، فلو كان المراد ان مـن لا رحـم له يرثـه حليفـة بالمعاقدة لنبـه الرسول على ذلك ، لكنه لم ننبه فـدل ذلك على عدم استمرار هذا السبب للتوارث بـه .

السبب الرابـــع :

جهة الاسلام — ويعبر عنها ببيت المال .

وقد بينـا عند الكـلام على بيان الاسباب : ان الشافعيـة : يقولـون بيت المال يرث من لا وارث لـه ومرتبتـه فى الارث : تتوقـف على انتظـام بيت المال — وعدم انتظامـه .

فان كان منتظمـا — فلا رد علـى ذوى الفروض ولا ميراث : لـذوى الارحام . فتكون مرتبتـه بعد العصبـات .

....

١) راجع الشرقاوى علـى التحريـر ج ٢ ص ١٦٨ — ١٨٩ والدسوقـى والشـرح الكبيـر ج ٤ ص ٤٦٨ ومغنـى المحتـاج ج ٣ ص ٤ .

واما اذا كان غير منتظم : فانه يرد على ذوى الفروض - ويرث ذو الارحام : هذا هو الاصح عن القائلين بتوريث بيت المال (١) والمفتى به عندهما :

وهناك قول مقابل للصحيح : يقضى : بان المال لبيت المال سواء انتظم أم لم ينتظم ؛ ولا ميراث لذوى الارحام ولا رد - على اصحاب الفروض - ولكن الاصح المفتى به عند المتأخرين من المذهبين : التفصيل السابق (٢) .

....

١) راجع الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٦٨ - ١٨٩ - والدسوقى والشرح الكبير ج ٤ ص ٤٦٨ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤ .
٢) راجع : المراجع السابقة .

المبحث الثالث

في شروط الميراث

الشروط جمع شرط :- والشرط فى اللغة العلامة وفى الاصطلاح : هو مايلزم من عدمه العدم - ولا يلزم من وجوده وجود ، ولا عدم لذاته - والمراد من قيد لذاته : اى بالنظر لنفس الشرط دون نظر الى شئ آخر كأن يمتنع وجود الشئ مع وجود الشرط لشئ آخر غيره كانعدام سببه مثلا :

وشروط الميراث اجمالا هى : ثلاثة شروط متفق عليها بين الفقهاء وهى

١) موت المورث ، حقيقة اوحكما - او تقديرا ،
٢) تحقق حياة الوارث ، حقيقة - او تقديرا - كالحمل فى بطن أمه
٣) عدم المانع ،

وقد زاد الشافعية ، شرطا رابعا - للميراث : وهو - العلم بالجهة المقتضية للارث تفصيلا : وهذا الشرط يتعلق بالحكم بثبوت الميراث للوارث ، فلو ادعى لدى القضاء انه وارث دون أن يبين جهة الارث كأن شهد الشهود بان هذا وارث دون ذكر السبب الذى يستحق به الارث والدرجة لهذه القرابة كالابوة والنبوة والزوجية ، فانه لا يكتفى بذلك للحكم بالاستحقاق (١)، هذه هى الشروط اجمالا ، وسنتكلم على كل شرط على حدة على التفصيل الاتى :-

أولا : الشرط الاول : تحقق موت المورث :

وتحت هذا الشرط يدخل الكلام على الموت الحقيقى - والحكمى - والتقديرى :

أ - الموت الحقيقى ، ويكون بفقد الحياة بعد وجودها ، ويثبت بالمشاهدة او السماع - او بالبينة المتصلة بالقضاء : ومثل ذلك ان يدعى وارث وفاة مورثه فى تاريخ معين وان ارثه قد انحصر فيه واثبت ذلك لدى القاضى بالبينة ، فاذا حكم القاضى بالوفاة ، فان الموت يكون حقيقيا من التاريخ الذى تحقق لديه ، واستحق الارث الورثة الموجودون فى ذلك التاريخ لان الحكم فى هذه الحالة مظهر للحكم وكاشف له وليس منشئا (٢).

....

١) الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٦٤ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٥
٢) الوصايا فى الفقه الاسلامى للاستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٧

ب- موت المورث الحكمي : والموت الحكمي هو ما يحكم به القاضي مع تيقن حياة من يحكم بموته او احتمالها . وذلك بناء على ما ترجح لديه من الظروف والقرائن - ومثال من حكم بموته مع تيقن حياته : المرتد - على رأى الامام ابى حنيفة فانه يعتبره ميتا حكما . اذا حكم القاضي بلحوقه بدار الحرب (١) .

ومثال من حكم بموته مع احتمال حياته - المفقود اذا حكم القاضي بموته - والغائب الذى انقطع خبره فلا يدرى مكانه ولا نعلم حياته ولا موته . فانه مع الحكم بموتهما يجوز ان يكونا على قيد الحياة فى الواقع ونفس الامر : وسيأتى حكم ميراثه .

ج- واما موت المورث التقديرى : فهو كما فى حالة الجنين الذى انفصل من امه باعتداء عليها . بان تكون امرأة حاملا فيضربها انسان فتلقى جنينها ميتا . فان الشارع فى نظير هذه الجناية . قد اوجب على الضارب - او على عاقلته . عقوبة تسمى الغرة . وهى عبد اوامه . قيمة كل منهما نصف عشر دية الحر .

وبعد بيان انواع موت المورث : نتكلم عن ثلاثة أنواع من المورثين . اقتضى المقام الكلام عليهم : وهو اشتراط تحقق حياة المورث وهم المرتد - والمفقود - والجنين - لان المرتد حياته متحققه - ومع ذلك ذهب الى القول بالميراث منه بعض العلماء . والمفقود لم يتحقق موته - ومع ذلك قال العلماء انه يرث ويورث : فى وقت معين : وكذلك الجنين الذى انفصل ميتا فانه لم يتحقق حياته حتى يقال انه يرث ويورث : لذا فسوف نتكلم على كل واحد من هؤلاء بشيء من التفصيل . فنقول :

أ - المرتد

والمرتد هو الراجع عن الدين الاسلامى مع توافر العقل دون اكراه . فاذا حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب مرتدا فهل يعتبر فى هذه الحال ميتا حكما أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

١) الرأى الاول : يرى ان الحكم بلحوقه بدار الحرب يعتبر موتا حكميا : واليه ذهب الحنفية (٢) .

....

١) راجع المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٣٧
٢) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٣٧ .

٢) الرأى الثانى يرى: ان الحكم بلحوقه لا يعتبر موتا حكميا واليه ذهب الجمهور .(١) وقد استدل كل على ما ذهب اليه بادلة نوردها فيما يلى :-

أولا : دليل الحنفية : القائلين باعتباره ميتا بالحكم بلحوقه بدار الحرب استدلوا على ما ذهبوا اليه بان المرتد . لا يقر على ردته لانه اذا كان رجلا فانه يستتاب . فان لم يتب فى ثلاثة أيام قتل - والمرأة - تحبس فاذا لحق بدار الحرب - وحكم القاضى باللحوق . كان ذلك منه اصرارا على الردة - فيكون فى حكم من قضى عليه بالقتل - فيعامل معاملة الميت :

ثانيا : دليل الجمهور : واستدل الجمهور على ما ذهبوا اليه من ان اللحوق بدار الحرب لا يعتبر موتا حكميا : فقالوا ان ذهابه الى دار الحرب نوع غيبة . فلا يتغير الحكم بالنسبة لماله . قياسا على غيبته فى دار الاسلام .

الترجيح - وبالنظر فى الدليلين : يبين لنا وضوح وجهة نظر الجمهور ويؤيد ذلك . ان ماله لا يؤخذ فى الحال . عند الكل بل ينتظر به حتى يموت وذلك لا يكون الا اذا كانت لامواله حرمة اسلامية فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه . فلا يعتبر الا موته الحقيقى .(٢)

مصير اموال المرتد

وبناء على هذا الخلاف . قد اختلف الفقهاء فى مصير اموال المرتد على ثلاثة آراء :

١) الرأى الاول : يرى ان مال المرتد يوضع فى بيت مال المسلمين . ويبقى موقوفا . ولا يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد فان مات او قتل كان فيئا - وان عاد دفع اليه ماله - والى هذا ذهب المالكية والشافعية واحمد (٣).

٢) الرأى الثانى : واليه ذهب الامام ابو حنيفة : ان المرتد اذا مات او قتل او حكم القاضى بلحاقه بدار الحرب مرتدا يفصل فى امواله - فما اكتسبه ....

١) الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ١٨٤ المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١٧٧ وبلغة السالك لموطأ الامام مالك جـ ٢ ص ٥١٣ .
٢) أنظر بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٤٧ .
٣) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١٧٧ - ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٥ وبلغة السالك جـ ٢ ص ٥١٣

حال اسلامه قبل ردته بدون لورثته المسلمين . لان موته سواء أكـان حقيقا ام حكما يستند الى وقت ردته . فما اكتسبه قبلهما يكـون ميراثا عنه - واما ما اكتسبه بعد لحاقه بدار الحرب او التى خرج بها من دار الاسلام تكون فى بيت مال المسلمين .

٣) الرأى الثالث : وهو رأى الصاحبين - ابو يوسف ومحمد - ان ما اكتسبه المرتد قبل الردة - وما كسبه بين حدوثها - وموته او الحكم بلحاقه يكون كله ميراثا . فهما يختلفان عن امامهما : فى المال الذى اكتسبه المرتد . بعد الردة . وحتى موته او الحكم بلحاقه حيث يقول الامام انه فى بيت المال لانه يعتبر الموت من وقت الردة - وهما يعتبرانه من وقت الموت او الحكم به ويتفقان معه فيما وراء ذلك (١) .

الادلـــة :

ولكل من الاراء الثلاثة دليل نورده فيما يلى :-

أ - دليل الرأى الاول القائل . بان مال - المرتد يوقف : لحين موتـه او رجوعه الى الاسلام : استدل بما يلى : ان المرتد مازال كامل الاهلية من حيث التصرفات المالية . فيبقى له ملكه . كما كان له قبل الرده . فهى امر يؤثر فى العقيدة ولا يؤثر على المال الا اذا مات مصرا عليها : فيكون ماله فيئا للمسلمين : شأنه فى ذلك شأن الحربى . بخلاف مجرد اللحوق بدار الحرب .

ب - ودليل ابى حنيفة على ما ذهب اليه - ان المرتد - اذا مات او قتل او حكم بلحاقة مرتدا . فان ذلك يستند الى وقت ردته لانه يستحق الموت بها ويخير بين التوبة والقتل فيعتبر فى حكم الميت من وقت ردته . فما اكتسبه قبلها يكـون ميراثـا :

جـ - ودليل الصاحبين على ما ذهبا اليه : ان المرتد مالك تام الملك اذ هو مازال مكلفا تام التكليف وله ذمة مالية ثابتة . وهو كمن حكم القضى عليه . بالاعدام حدا او قصاصا . فلا يزول عن مالة ملكيته . وتصح تصرفاته فيهما كلها او بعضهـا .

....

١) انظر احكام التركات والمواريث للاستاذ الشيخ ابو زهرة ص ١١٦ .

الترجيح : وبالنظر فى وجهات النظر سالفة الذكر نجد ان اولا هـا بالقبول عما ذهب اليه الجمهور : لانه قول "يساير المبادئ" العامة التى تقضى بعدم زوال الملكية عن تام الاهلية - ويكتفى بايقاف امواله . حتى يتبين امره . فان مات مصرا على كفره كان ماله لبيت المال . لانه قطع الصلة التى بينه وبين اقربائه : بارتداده اذ هى صلة شرعية . وهو ليس من اهلها : وان رجع الى الاسلام رد اليه ماله . وربما كان بقاء ماله موقوفا سببا فى عودته الى الاسلام . بخلاف . ما اذا علم ان هذه الاموال قد صار جزء كبير منها للورثة وزال ملكه عنه فان ذلك قد يعمق التباعد فى نفسه ويجسم الكراهية للاسلام فى نظره : فلا يفكر فى العودة مرة ثانية .

تنبيه :

نحب ان نلفت النظر الى انه لا خلاف بين الفقهاء فى ان المرتد لا يرث من غيره اذ هو جان بارتداده . لاموالاة بينه وبين غيره لترك الاسلام ولانه لا يقر على ارتداده . فهو لا يرث المسلم . لانه ادنى حالا منه . ولا صلة بينهما فلا سبيل له عليه - وقد قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا : (١)

ولقوله صلى الله عليه وسلم . لا يرث المسلم الكافر - والاكافر المسلم . ولا يرث المرتد مرتدا آخر مثله . لان كلا منهما جان بارتداده فلا يستحق واحد منهما هذه الصلة التى عمل كل منهما . على قطعها - كما ان المرتد لا ملة له حتى يقال انهما اصحاب ملة واحدة .

وفى الحقيقة . فان المرتد . توقف أمواله بلا مالك او تزول عنه صفة التملك لها على ما مر . فاذا لم يستقر ملكه الثابت فلألا يثبت له ملك جديد بالميراث من باب أولى (٢) .

ب - المفقود

تعريفه : هو الغائب الذى انقطع خبره . وجهل مكانه ولا تدرى حياته ولا موته :

....

١) الاية ١٤١ من سورة النساء .

٢) انظر التركات والمواريث للشيخ أبو زهرة ص ١١٧ ومحاضرات فى الميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى ص ٦٨ والوصايا فى الفقه الاسلامى محمد سلام مذكور ص ٥١ .

والكلام عن المفقود : من ناحيتين :

أ - ناحية كونه مورثا .

ب - من ناحية كونه وارثا .

وقد آثرت الكلام على الناحية الثانية هنا - فى الكلام على الشرط الاول وهو تحقيق موت المورث . بالرغم من ان الكلام عليها محله فى الشرط الثانى وهو تحقق حياة الوارث - آثرت الكلام هنا اتماما للفائدة . حتى يكون الكلام عنه مورثا ووارثا فى مكان واحد تسهيلا للمطلع واتماما للفائدة :

أ - الناحية الاولى : كونه مورثا :

اتفق الفقهاء على ان حكم مال المفقود يوقف ويبقى على ملكه الى ان يتحقق موته او يحكم القاضى بموته اجتهادا - ولا يقسم ماله بين ورثته . لان الشرط - هو تحقق موت المورث حقيقة او حكما - والمفقود قبل تحقق موته او الحكم به لا يتوفر فيه هذا الشرط . فيوقف ماله . لان فى تقسيم ماله بمجرد فقده مع احتمال حياته - اضرارا به - والضرر مدفوع مطلقا . فيدفع عنه هنا . وذلك بان يجعل حيا بالنسبة لماله استصحابا للاصل (١) الثابت - وهو الحياة حتى يقوم الدليل على خلافه . فلا يرثه احد فان ظهر حيا أخذ ماله - وان تحقق موته او حكم به القاضى ورثه من كان وارثا وقت تحقق الموت او وقت الحكم به . هذا اذا لم يستند الحكم بالموت الى تاريخ سابق على صدوره . والا فانه يرثه من كان وارثا فى التاريخ الذى أسند الحكم بالموت اليه .

المدة التى يقضى بعدها باعتبارها المفقود ميتا

اذا حكم القاضى بموت المفقود فاما ان يكون بحجة صالحة للاثبات . كشهادة العدول المزكاة . وفى هذه الحالة لا يكون مفقودا ويكون موته حقيقيا يثبت من الوقت الذى اثبتته الحجة لانه ثبت بشهادة اتصل بها القضاء واما ان يكون بامارات لا تصلح ان تكون حجة فى الاثبات . وذلك كمضى المدة . وقد ....

١) انظر مختصر المنتهى جـ٢ ص ٢٨٤ . والاستصحاب . هو بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه . وهو حجة الحنفية فى بقاء الثابت . لا فى اثبات مالم يكن وعند الشافعية والحنابلة . هو حجة فى الامر بين كليهما . انظر ابو زهرة التركات والمواريث ص ١٠٢ - وانظر المبسوط للسرخسى جـ٣٠ ص ٥٤ والاسنوى جـ١ الادلة المختلف فيها .

اختلف الفقهاء فى هذه المدة التى يحكم القاضى بعدها بموت المفقود وكان خلافهم على النحو التالى :-

١) الحنفية قالوا فى ظاهر الرواية اذا لم يبق احد من اقرانه - وفى رواية الحسن عن ابى حنيفة اذا مضى من مولده مائة وعشرون سنة - وفى رواية اخرى مائة سنة (١) وروى عن ابى حنيفة انه لم يقدر فى ذلك تقديرا وفوضها الى اجتهاد القاضى .

٢) وقال المالكية . يقسم ماله . اذا مضت عليه سبعون سنة او ثمانون سنة . فاذا مضت مائة وعشرون لم يحتج الى حكم وهذا فى غير المفقود فى معركة حربية فاما المفقود فى معركة حربية . فاذا لم يوجد بعد انقضاء المعركة بين المسلمين فانه يحكم بموته - ويقسم ماله . فان كانت بين المسلمين والكفار فبعد مضى سنة بعد انفصال الصفين (٢) .

٣) وقال الشافعية . لا تقدير لتلك المدة . بل المدار على مضى مدة يغلب على الظن انه لا يعيش فوقها . فيجتهد القاضى ويحكم بموته (٣).

٤) الحنابلة وفرق الحنابلة بين حالين -حال من كان خروجه للسياحة اوطلب العلم او التجارة فان غيبته هنا يظن معها الهلاك رغم انقطاع اخباره . فلا تقسم امواله فى هذه الحالة حتى تمضى مدة لا يعيش لمثلها ومردها الى اجتهاد الحاكم .

وحال من غاب فى حالة يغلب فيها الهلاك كمن غاب فى سفينة ابحرت فى اعماق المحيطات او كان فى صفوف القتال ضمن كتيبة هلكت الا بعض افرادها ولا يدرى من اى الفريقين يكون ؟ اوخرج لصلاة العشاء او لعمله المعتاد ولم يعد فانه ينتظر به اربع سنين من تاريخ فقده . فاذا لم تتأكد حياته ولا موته اعتبر ميتا (٤) وقد استندوا فى ذلك الى ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال : ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو ؟ فانها تنتظر اربع سنين

....

١) المبسوط للسرخسى ج٣٠ ص ٥٤
٢) انظر بلغة السالك لموطا مالك ج٢ ص ٥١٥ والشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٤٨٧
٣) مغنى المحتاج ج٣ ص ٣٧ - والشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٨٦ .
٤) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٢٠٥

ثم تعتـد عدة وفاة (١) .

الراجـح : والراجح فى نظرى ما ذهب اليه الشافعيه - وهو قـول لابى حنيفة . وما اختاره الحنابلة بالنسبة للحالة الاولى - وهى حالـة ما اذا غلبت عليه السلامة - وهو تفويض البت فى هذا الموضوع الـى اجتهاد القاضى ، وذلك لان الاصل حياته ، والتقدير لا يصار اليـه الا بتوقيف ولا توقيف فوجب التوقف .

ثم يقال لمن قدر بالسنين هذا تقدير عمر وان لا تقدير حجـة وبرهـان .

ولا دليل على التفرقـة التى ذهب اليها الحنابلـة . ويقال لهم فـى استدلالهم بالاثر الوارد عن عمر رضى الله عنه ، على فرض صحة فانه قـول صحابى - وليس بحجـة ثم على فرض انه حجة ، فانـه يكون خاصا - بالزوجـة رفعا للضرر عنها كما يكون الطلاق للضرر مثلا : وانما جعلت عدتها اربعـة اشهر وعشرا لاحتمال موته - واظهار للتأسف عليه اذ انه فارقهـا دون ان يطلقهـا (٢)

ب- الناحيـة الثانيـة : كون المفقـود وارثـا :

وقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ارث المفقـود من غيره على رأيين :

١) الرأى الاول يرى ان يوقف له نصيبه من مال مورثه حتى يستبين امره من موت او حيـاة واليه ذهب الحنيفـة والمالكيـة وقول للحنابلة (٣) .

٢) الرأى الثانى : يرى ان المفقود يرث من يموت من مورثيـه حال فقده قبل الحكم بموته . فتثبت له الحقـوق التى تثبت للاحيـاء وهو قول الشافعية وقول عند الحنابلـة .

وسبب الخلاف يرجع الى اختلاف وجهات النظر حول قوة استصحاب الاصل فالحنفيه يقصرونه على بقاء الحقوق الثابتـة فى الماضى دون الحقـوق التى تثبت فى المستقبل . وعلى ذلك فهو يمنع انتقال ملكيتـة المفقـود ....

١) المرجع السابق .
٢) انظر الميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى ص ٣٦
٣) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٥٤ والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٤٨٧ المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٢٠٥ وبلغة السالك ج ٢ ص ٥١٤

الى ورثته لان الاصل حياته الى ان تثبت العكس ، ولا تثبت ملكية المفقود في مال غيره ، لانه في الحالة الاولى اثبت الاصل لعدم المزيل لا لوجود النافي وهنا لا يثبت حقا لم يكن ثابتا ، فاما الشافعية ومن نحا نحوهم فيرون ان استصحاب الحال يثبت الحقوق كلها : من غير تفرقة (١) .

الادلـــة :

١) دليل الحنفية ومن معهم ان في توريثه اضرارا بالورثة لاحتمال ان يكون قد مات ، فيدخل النقص عليهم من غير موجب له : كما ان في توريثه اهمالا لشرط مجمع عليه وهو وجوب تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث .

٢) ودليل الشافعية ، ان الاصل حياته فيستصحب هذا الاصل الى ان يثبت خلافه ، ومقتضى ذلك ان لا يرثه احد اثناء فقده : الا اذا تبين حاله ، فيكون مقتضاه ايضا ان يرث من غيره لان الاستصحاب هو بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه وحيث اعتبر حيا فلا يرثه غيره فكذلك تعتبر حياته فيرث من غيره .

الترجيح : والراجح ما ذهب اليه الحنفية ومن اليهم ، وذلك لان شرط حياة الوارث غير متحقق ، اذ المفقود مشكوك في حياته كما انه مشكوك أيضا في وفاته فلا يرث بالشك : ولانه يجب اعمال قاعدة دفع الضرر عن الجانبين ففي حالة كونه مورثا اعتبرنا حياته حتى لا يدخل عليه ضرر في ماله لجواز أن يكون حيا : وفي حالة كونه وارثا يدفع الضرر من الورثة فيلاحظ الاعتباران اعتبار كونه ميتا فلا يقطع له بنصيب معين – واعتبار كونه حيا فيوقف له نصيبه على انه حي ، ويوزع الباقي ويحرم مؤقتا من يحجبه المفقود حجب حرمان فان ظهر حيا أخذ حصته وان تأكدت وفاته اخذ الورثة ما وقف لاجله واعتباره كأن لم يكن .

ج – حكم الجنين في الميراث

لقد مر بنا ان موت المورث اما حقيقي اوحكمي او تقديري – وعلمنا ان –

....

١) مختصر النهى : جـ٢ ص ٢٨٤

التقديرى . هو كما فى حالة الجنين الذى انفصل من امه ميتا باعتداء عليها - والجنين - هو الولد ما دام فى بطن امه - وجمعه اجنة . سمى بذلك لان البطن اجنه اى ستره - وحكمه فى الميراث انه اذا انفصل كله حيا فانه يرث عند جميع الفقهاء . لانه استوفى شرط الميراث وهو تحقق حياة الوارث . ولانه بولادته حيا يثبت انه كان حيا فى بطن امه . ولا يعتبر جزءا منها . واذا مات فانه يورث عندهم جميعا كذلك . لانه مالك .

وكذلك يرث - ويورث اذا انفصل اكثره حيا - عند الحنفية (١)

وعند ابن حزم اذا انفصل اقله كذلك (٢) . واذا انفصل ميتا . فان كان بغير جناية او اعتداء على امه فانه لا يرث ولا يورث عند الجميع لانه بانفصاله ميتا تبينا انه كان ميتا فى بطن امه فهو كالجزء منها : فاما اذا انفصل بجناية على امه ميتا . فقد اتفق العلماء على وجوب الغرة - وهى عبد او امة عليه او على عاقلته . لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان امراتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه الرسول صلى الله عليه وسلم بغرة - عبد او وليدة - وقد حددها الجمهور بالقيمة هى نصف عشر دية امة - وقال الشافعية بل قيمة الغرة بالغة مابلغت . (٣)

وبعد هذا اختلف الفقهاء فى الميراث من هذا الجنين وميراثه من غيره . وكان خلافهم على ثلاثة آراء .

١) الرأى الاول - يرى انه يملك الغرة للضرورة حتى يمكن تمليكها لغيره بالخلافة عنه . ولا يورث عنه غيرها . ويرثها عنه كل من يتصور ارثه منه . وهو لا يرث شيئا من الموقوف لاجله . ويقسم على الورثة على ما يقتضيه الحال عند عدمه . واليه ذهب : الائمة مالك والشافعى واحمد (٤) .

....

١) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٥٢
٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٠٨
٣) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠٧
٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠٨ والمغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٠٣ - ١٠٤

٢) الرأى الثانى - يرى ان هذا الجنين يرث ، ويورث ، واليه ذهب الحنفية (١)

٣) الرأى الثالث : يرى انه لا يرث ، ولا يورث ، وان الغرة تكون لامه وتختص بهـــا ،

واليه ذهب الليث بن سعد وربيعة بن عبد الرحمن ،

الادلـــة :

١) وقد وجه الجمهور ما ذهبوا اليه ، بان القول بتملك الجنين للغرة انما قلنا به للضرورة حتى يتسنى للورثة ان يخلفوه فى تملكها : والضرورة تقدر بقدرها ، فلا يتجاوز بها الى غيرها ،

٢) ووجه الحنفية ما ذهبوا اليه ، فقالوا ان الجنين حين انفصل ميتا بجناية على أمه فلا ندرى هل كان حيا - والجناية أماتته أم انه كان ميتا - والجناية حركته فانزلته بعد ان كان مستترا فى بطن امه ؟ الا ان الشارع حين اوجب على الضارب عقوبة مالية تسمى الغرة - علمنا بذلك انه قد رجح جانب الحياة على جانب الموت لان العقوبة تجب بالجناية على الحى دون الميت - واذا حكمنا بحياته كان مالكا للغرة ومالكا لغيرها وبذلك يرث لترجح جانب الحياة واعتبر حيا من وقت موت المورث - ويورث لانه مالك والميراث خلافة فى الملكية . (٢)

٣) ووجه اصحاب الرأى الثالث رايهم ، فقالوا ان الجنين فى هذه الحالة يعتبر كجزء من اجزاء امه ، فهو كسنها او اصبعها مثلا فالذى يملك الغرة هو الام لان الاعتداء وقع عليها وحدها بالجزاء لها وحدها وبذلك لا يكون هناك ضرورة للقول بان الجنين يرث او يورث : (٣).

التــرجيح :

وبالنظر فى وجهات النظر سالفة الذكر يتضح لنا رجحان قول الائمة الثلاثة - وهو القول الاول لان الواجب بدل عنه فيرثه ورثته

....

١) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٥٤ .
٢) انظر المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٥٤ - وانظر احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١٠٢ .
٣) انظر : بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠٨ - محاضرات فى الميراث المقارن للشيخ الكشكى ص ٤٣ - ٤٤ .

قياسا على دية غير الجنين — واما منع ارثه من غيره فلان من شروط الميراث تحقق حياة الوارث حين موت المورث : وهذا غير موجود هنا . فلا نورثه مع الشك فى حياته (١) وجعل الجنين كالجزء من امه غير مسلم لانه كذلك باحد اعتبارين لا بكل اعتبار ولا من جميع الوجوه . والا فيكف تصح له الوصية والعتق ؟ وتجب له الحقوق .

ولا يقال ان الغرة تجب على ملك الورثة ابتداء . لان الورثة بوصفهم وارثين لا يملكون الا بسبب الميراث فاذا لم يملكوها عنه بطريق الخلافه . فكيف يملكونها ؟ ولا صلة لهم بها الا عن طريقه ؟ (٢) .

ثانيا : الشرط الثانى : تحقق حياة الوارث بعد موت المورث :

وحياة الوارث اما ان تكون حقيقيه او تقديرية — والحياة الحقيقية واضحة — والتقديرية كالحمل فى بطن أمه فانه يعتبر ضمن الورثة وان كانت حياته ليست حقيقية . لاحتمال ان يكون مورثه قد مات قبل نفخ الروح فيه والكلام على تحقق حياة الوارث يقتضى منا ان نتكلم على موضعين لهما صلة وثيقة بهذا الشرط — وهما الغرقى والهدمى وما شابههما وميراث الحمل وما يجب ان يتوافر فيه من شروط .

أ — الغرقى والهدمى ومن فى حكمهم :

ولقد اختلفت كلمة الفقهاء فى الذين يفقدون فى غرق او تحت انقاض اوفى حرب ولا يعلم من مات منهم قبل صاحبه — كيف يتوارثون — اذا كانوا اهل ميراث ؟ . وكان خلافهم على مذهبين .

١) المذهب الاول — يرى انه لا توارث بينهم وان تركه كل واحد منهم لمن بقى من قرابته الوارثين . واليه ذهب الائمة مالك والشافعى وابو حنيفه وقول للحنابلة (٣) .

٢) المذهب الثانى : يرى توريثهم من بعض فيما كان لكل منهم من مال قديم دون الذى صار اليه بالميراث واليه ذهب ابن ابى ليلى ويحى بن

....

١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٠٣ — ١٠٤
٢) محاضرات فى الميراث المقارن للشيخ الكشكى ص ٤٦
٣) الشرح الكبير للدرديرى ج ٤ ص ٤٨٧ . مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦ المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٢٧ — المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٨٨ .

٢) واستدل اصحاب القول الثانى القائل بالتوريث ، بما يلى

وقالوا ان سبب التوارث ، وهو القرابة الموجبة له قد تحقق وحياة كل واحد منهما بعد صاحبة ليست منتفية بيقين - ونفيها هو المانع من الارث - وحيث لم يحقق السبب - ولم يتحقق المانع فيثبت التوارث ولكن لا يرث كل واحد منهما مما ورثه من الاخر - لان وراثته من صاحبه تقتضى فرض حياته بعد موته فلو سوغنا ان يرث منه ما ورثه الاخر منه لكان ذلك مناقضا لفرض ميراثه منه ، فيفرض فى حال واحدة فرضان متناقضان .

وبيان ذلك : أننا عندما نورث الزوج من زوجته فى المثال السابق نفرض وجودها بعد وفاته لتحقق الخلافة فلوا جزنا ان يرث منها ما ورثته هى منه عند التقسيم الاول للتركة لكان معنى ذلك من جهة اخرى اننا فرضنا فى حالة واحدة حياتها وموتها فى وقت واحد وفرض واحد ، اذ انها لا ترث مالها الا اذا كان قد انتقل الى غيرها بموتها فكاننا فى حالة فرض حياتها نفرض موتها .(١)

الترجيح :

والراجح فى نظرى ما ذهب اليه الجمهور من عدم التوارث بينهم ، لان شرط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث شرط مجمع عليه - وحيث لا يتحقق الشرط لا يحصل السبب - وليس عدم تحقق التعاقب مانعا من موانع الارث - كالقتل وغيره - بل ان تحقق التعاقب هو شرط التوارث فلابد من وجوده يقينا وحيث لم نتيقن وجوده فلا يوجد الميراث :

ب - الكلام على ميراث الحمل اذا تحققت شروطه :

تعريف الحمل : الحمل هو ما تحمله المراة فى بطنها من الولد : ويجمع على حمال واحمال ، والكلام على الحمل ، يتناول ثلاث نواح :

الناحية الاولى فى شروط توريثه - الثانية فى المدة التى يمكثها فى بطن امه الثالثة فى التصرف ، فيما يوقف له من التركة .

....

١) راجع المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٨٦ : بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ - احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١٠٤

آخر قول للحنابلة . فيما اذا ادعى وارث كل ميت ان مورثه كان آخرهما موتا (١) وتوضيحا لهذا القول - نضرب المثل الآتى اذا مات زوجان فى غرق اوحريق او تحت هدم ولا يعلم أيهما مات قبل الاخر . وقد ترك الزوج ١٢٠ فدانا وتركت الزوجة ١٢٠ فدانا ومات الزوج عن آب وام - وماتت الزوجة عن أخ واخت : فانه فى هذه الحالة تقسم تركة كل واحد قسمتين قسمة لما ترك كل واحد - وقسمة أخرى لما استحقه من صاحبه فالقسمة الاولى يدخل فيها المتوفى - والقسمة الثانية لا يدخل فيها الا الاحياء وتطبيق ذلك على المثال السابق هو ان يقسم اولا ميراث الزوج بين ابيه وامه وزوجته المتوفاة . فيأخذ الاب ستون فدانا والام ثلاثون والزوجة ثلاثون مقدار الربع : ثم يقسم ميراث الزوجة بين أخيها واختها وزوجها فيأخذ الزوج النصف وهو ستون فدان ويخص الاخ اربعون والاخت عشرون : ثم يقسم بعد ذلك ما خص الزوج من زوجته قسمة ثانية : وهو ستون بين ابيه وامه .

الادلـــــة :

وقد استدل كل على ما ذهب اليه بادلة نوردها فيما يلى :-

١) دليل اصحاب المذهب الاول القائل بعدم توارثهم :

أ - قالوا اتفق ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وغيرهم من الصحابة على انه لا توارث بين الغرقى والهدمى اذا لم يعلم ايهم مات أولا : فقد قضى به زيد بن ثابت فى قتلى اليمامة حين بعثه ابو بكر لقسمة ميراثهم وقضى به كذلك فى الذين هلكوا فى طاعون عمواس . حيث بعثه عمر رضى الله لقسمة ميراثهم وقضى به زيد فى قتلى الحرة . ونقل عن على رضى الله عنه انه قضى به فى قتلى موقعتى الجمل وصفين .(٢)

ب - وقالوا ان شرط التوريث حياة الوارث بعد موت المورث . وهذا مشكوك فيه . والشك لا يثبت به استحقاق (٣)

....

١) المغنى المرجع السابق - وبداية المجتهد جـ٢ ص ٣٤٩
٢) المبسوط للسرخسى جـ ٣٠ ص ٢٧
٣) المرجع السابق ص ٢٨-٢٩ .

١) الناحيــة الاولــي : شروط توريث الحمــل :

اتفق الفقهاء على انه يشترط لتحقيق ارث الحمل شرطان :

الشرط الاول : ان يكون موجودا فى بطن امه عند موت مورثــه لان الوراثــة خلافــة - والمعدوم لا يتصــور ان يكون خليفــة عن احد • فادنى درجات الخلافــة الوجود(١) ولان النطفــة حين تكون فى الرحــم فهــي معدة - اذا لم تفســد للحيــاة فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل : ولهذا صح الوقف عليه والوصيــة له • فيصــح ان يكون من جملة الورثــة اذا تحققــت شروط توريثــه(٢)

ويستدل على وجوده حين موت المورث بالمدة التى يولد فيها بان تأتــى به لاقــل من ستة أشهر التى هــي أقل مدة الحمل • فاذا جاءت بــه لاكثر منها • فان كانت ذات زوج او سيد يطؤهــا لم يرث الحمــل لعــدم تيقــن العلوق وقت موت المورث - الا ان يقر الورثــة بوجوده وقــت الموت • فاما اذا كانت لا توطأ لعدم الزوج او السيد او لغيبتهما او لعجزهما فانه يرث مالم يتجاوز اكثر مدة الحمل.(٣)

الشرط الثانــي : ان ينفصــل حيا : لان من شروط الارث تحقق حيــاة الوارث عند موت المورث • لان الحمل عند ذلك لا يمكن معرفة حقيقتــه لعدم الاطلاع على نفخ الروح فيه - وحركــة البطن غير معتبرة لجواز ان تكون من ريــح اوعلــة موجودة فى البطن او من الولــد • فما دام فى بطــن امه فحياته محتملة وموتــه محتمل كذلك • فاذا انفصــل حيا ترجح جانــب الحياة على جانب المــوت - واعتبر حيا من وقت موت المورث (٤).

ويستدل على حياته عند الانفصــال - بالعلامات الظاهرة التى تــدل على الحياة كالصراخ - والعطاس - والحركــة وفتح العين ويعبر عن انفصاله حيا - بالاستهلال • قال الرسول عليه السلام : اذا استهل المولود ورث• قال ابن الاثيــر استهل المولود اذا بكى عند ولادتــه - وهو كناية عن ولادتــه

....

١) المبسوط للسرخسي ج ٣٠ ص ٥٠
٢) المرجع السابق ص ٥١
٣) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٩٧
٤) المبسوط للسرخسي ج ٣ ص ٥١

حيا وان لم يستهل بل وجدت منه امارة تدل على حياته [١] فاذا ظهرت أمارة حياته - وانفصل كله حيا • فانه يرث باتفاق ويأخذ جميع الموقوف لاجله اذا استحقه • واذا استحق بعضه يرد الباقى على المستحقين واذا نقص عن استحقاقه يرجع بالباقى على من دخل تحت يده [٢].

فاما اذا ظهرت أمارة الحياة - ثم مات قبل تمام انفصاله فان انفصل بعضه فقط • فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

١) القول الاول : انه لا يرث • لانه لم يخرج جميعه • فاشبه ما لو مات قبل خروج اكثره • [٣]

٢) القول الثاني : انه اذا انفصل اكثرة • مع وجود امارة حياته - فانه يرث - الحاقا للاكثر بالكل • فكانه خرج كله حيا : فاما اذا خرج أقلة فانه لا يرث لانه لما خرج اكثرة ميتا • فكانه خرج كله ميتا : وهو قول الحنفية •

٣) القول الثالث : ان الحمل يرث ولو خرج اقله - ولو لم يستهل : مادامت قد ظهرت عليه امارة الحياة باى دليل آخر واستدل بقوله تعالى - يوصيكم الله فى اولادكم • وهذا المولود : يطلق عليه انه ولد بلا شك : فوجب ان يأخذ حكمه [٤] وهو قول بن حزم •

والراجح فى نظرى : هو قول بن حزم • لان قول الائمة الثلاثة باشتراط خروجه كله - وقول الاحناف باشتراط خروج اكثره • لا دليل له - وهو قول بالرأى فى مقابل ما فيه نص • لانه لا ينكر احد ان هذا الذى خرج أقله ودلت امارة على حياته انه ولد : واذا صدق عليه ذلك فانه يرث :

الناحية الثانية : اقل مدة الحمل - واكثرها •

أ - أقل مدة الحمل :

اتفق عامة الفقهاء على ان اقل مدة الحمل هى ستة أشهر •

....

١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٦٧

٢) وبذلك اخذ القانون فى المواد ٤٣ ، ٤٤

٣) حاشية الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ١٨٧ - المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١٩٨ - الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٨٧ • ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٩٨ •

٤) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٢٠٨ •

يستدلون على ذلك بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع قوله تعالى: حملته امه وهنا على وهن — وفصاله فى عامين ان اشكر لى ولوالديك الى المصير [١]. وهو ما استنبطه ابن عباس رضى الله عنهما حيث قال اذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر [٢]. وقد نبه عثمان الى ذلك حينما اتى بامراة تزوجت فولدت لستة أشهر. فهم عثمان رضى الله عنه برجمها. فقال له ابن عباس اما انها لو خاصمتك بكتاب الله لخصمتك. اذ قال الله تعالى — وحمله وفصاله ثلاثون شهرا — وقال. وفصاله فى عامين. فاذا ذهب عامان للفصال. لم يبق للحمل الا ستة أشهر. فدرأ عثمان رضى الله عنها الحد. واثبت النسب من الزوج.

وهناك قول للحنابلة. وتأييد له من الكمال بن الهمام — وهو ان أقل مدة الحمل تسعة أشهر. يقول الكمال بن الهمام من الحنفية ان العادة المستمرة كون الحمل اكثر من ستة أشهر. وربما تمضى دهور ولم يسمع فيها بولادة الستة أشهر [٣].

والراجح ما ذهب اليه الائمة واتفقوا عليه من ان أقل مدة الحمل ستة أشهر. لانه احوط للحمل — وهو ما عمل به الصحابة وقد اشتهر بينهم. ولم ينكر عليهم. وهم احق من غيرهم بالفهم والعلم بكتاب الله تعالى والاستنباط منه.

ب — أكثر مدة الحمل :

واما كثرة مدة الحمل فقد اختلفت فيها كلمة الفقهاء على النحو التالى:

١) قال المالكية : اكثر مدة الحمل خمس سنين. وقال بعض الاصحاب سبع سنين [٤].

٢) وقال الحنفية: ورواية عن الحنابلة اكثرة سنتان. [٥]

٣) وقال الشافعية: والرواية الاخرى عند الحنابلة اربع سنين. [٦]

....

١) الاية ١٥ من سورة الاحقاف والاية ١٤ من سورة لقمان.
٢) فتح القدير ج٤ ص ١٧١.
٣) فتح القدير ج ٤ ص ١٧١
٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٥٢
٥) المبسوط ج ٣٠ ص ٥٠.
٦) حاشية الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٨٧ والمغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٢٦.

وقال محمد عبد الحكم من المالكية — اكثره سنة هلالية اى (٣٥٤) يوما (١) .

ولما كانت هذه الاقوال لاتستند الى دليل يصح . فان واضعوا القانون قد لجئوا الى سؤال الاطباء الشرعيين عن اكثر مدة يمكثها الحمل فى بطن امه . فافاد الطب الشرعى انها (٣٦٥) وهو قريب كما نرى من قول محمد بن الحكم المتقدم اذ ان الفرق هو احد عشر يوما : وهو الفرق بين السنة الشمسية — والسنة الهلالية — وبه اخذقانون المواريث بناء على ما افاده اصحاب الخبرة كما سبق — واعتبر ذلك فى ثبوت النسب والارث — والوقف — والوصية وذلك فى المادة ٤٣ — (٢)

جـ — التصرف فى التركة حال الحمل :

اذا كان الحمل غير وارث او محجوبا على جميع التقادير فلا يوقف له شئ من التركة . كما اذا كان الورثة — زوجة وأب — أم حامل من غير ابيه .

واذا كان الحمل هو الوارث الوحيد للتركة او كان هناك من هو محجوب به لولاه لورث . فان التركة توقف باتفاق حتى يولد .

فاما اذا كان وارثا على كل التقادير او على بعضها : فان كلمة الفقهاء قد اختلفت . فى وقف القسمة او تعجيلها على النحو التالى :—

١) الرأى الاول : يرى . وقف التركة الى الوضع . للشك الحاصل فى الحالة التى يكون عليها الحمل هل هو ذكر ام انثى : واحد ام متعدد : واليه ذهب المالكية فى المشهور عنهم . (٣) .

٢) الرأى الثانى : يرى تعجيل القسمة للتركة كلها . ولا يوقف للحمل منها شئ : اذ لا يعلم ما فى البطن هل هو حمل ام لا ؟ فان ظهر انه حمل استؤنفت القسمة (٤) .

....

١) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٥٢
٢) راجع نظام المواريث فى الشريعة الاسلامية — عبد العظيم فياض ص ٢٠٤ . ومحاضرات فى الميراث المقارن للشيخ الكشكى ص ٢٤٦ .
٣) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٨٧ بلغة السالك جـ ٢ ص ٥١٤ .
٤) نظام المواريث فى الشريعة الاسلامية على المذاهب الاربعة للشيخ عبد العظيم فياض ص ٢٠٦ وقد ذكره عن الناطفى — وانظر محاضرات الكشكى ص ٢٤٢ .

٣) الرأي الثالث : ما افتى به أهل سمرقند . من انه اذا كانت المدة قريبة توقف القسمة . اذ لوعجلت فلربما احتيج الى الغائها : لظهور الحمل على خلاف ما قدر على انه لا ضرر على الورثة من الانتظار مدة قليلة يأخذ بعدها كل منهم حقه المتيقن وان كانت بعيدة فلا توقف لما فيه من الاضرار بباقي الورثة وربما طالت المدة الى عدة شهور فتهلك التركة فتفوت عليهم ولم يبينوا حدا للقرب او البعد . بل قالوا المرجع فيه الى العرف . (١)

٤) الرأي الرابع : فصل تفصيلا آخر . غير القرب والبعد . فقال من ورث مع الحمل ولوعلى بعض التقادير لا يعطى شيئا كأخ الميت : لان الحمل لوقدر ذكرا فانه لا يرث ومن لا يختلف نصيبه على اى تقدير يعطى له نصيبه . ويوقف الباقي كالام والزوجة . مع ابن وحمل من الميت لان للام السدس والزوجة الثمن - ومن يختلف نصيبه - وهو من اصحاب الفروض يعطى له اقل فرضية كالزوجة مع الحمل دون ولد وعلى الجملة . فانه يوقف للحمل اوفر الحظين . ويعطى الورثة الاقل احتياطا : (٢) .

فاما اذا لم يكن من اصحاب الفروض بل كان ممن يشارك الحمل كاخيه اى من له نصيب مقدر . فقد اختلفت كلمة اصحاب هذا الرأي فيه : فقال الشافعية في المشهور عنهم - توقف التركة كلها . لان الحمل لا يتقدر بعدد على الصحيح فلا يمكن ضبطه فتوقف التركة لذلك (٣) .

وقال الجمهور - منهم الحنفية والحنابلة وهو قول للشافعية : يوقف له شئ ويعطى الباقي لشركائه .

مقدار ما يوقف له

ثم اختلفوا في القدر الذي يوقف له في هذه الحالة على ثلاثة اراء نوردها على النحو التالي :

....

١) المرجع السابق .
٢) راجع المبسوط للسرخسي ج ٣٠ ص ٥٢ . مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٨
٣) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٨ الشرقاوي على التحرير ج ٢ ص ١٨٨

١) قال ابو حنفيه والشافعى على ماردى من مقابل المشهور، يوقف له ميراث اربع بنين [1] او بنات ايهما اكبر.

٢) وقال الحنابلة وهو قول لابى يوسف ومحمد يوقف له نصيب ذكرين او بنتين ايهما اكبر [2].

٣) ما عليه الفتوى عند الحنفية - وهو قول ثان لابى يوسف نصيب ذكر واحد او بنت ايهما اكبر [3].

والراجح - فى نظرى : ما ذهب اليه الجمهور لانه اعطى كل حالة ما يناسبها واحتاط للحمل حيث وقف له اوفر حظية واعطى الوارث اقل حظية - وفى هذا جمع بين المصلحتين وتوسط بين النظريتين المانعة مطلقا - والقائلة بالقسمة مطلقا : هذا بالنسبة لمن له نصيب مقدر فاما اذا كان النصيب غير مقدر فاننى اختار ما ذهب اليه الشافعية من وقف التركة لحين الوضع . فان الواقع المشاهد : الان يبين لنا : ان ولادة الاثنين - والثلاثة - والاربعة اصبحت تقع كثيرا فى شتى بقاع الدنيا - وان كانت ولادة التوأمين اكثر وقوعا - الا ان غيرها - ليس نادرا لذا فان الشك يصبح لازما فى عدد الحمل . واختيار عدد معين يقرب من التحكم الذى لا دليل عليه :- وما ذهب اليه المالكية من الوقف مطلقا - قول ليست فيه دقة كاملة والقول بالتعجيل مطلقا قول لاحتياط معه - والقول بالقرب والبعد . يثير التنازع حول حد القرب وحد البعد ويدعو الى الخصام لذا كان ما ذهب اليه الجمهور فى الشق الاول وما ذهب اليه الشافعية فى الشق الثانى اولى بالقبول .

<u>واما الشرط الثالث :</u> فهو انتفاء الموانع - ومعناه ان لا يوجد شئ من الموانع الاتية بعد ان تتحقق الشروط . فاذا وجدت الشروط . ووجد مانع فانه لا فائدة من وجود الشروط .

ولذا سوف نتكلم فى المبحث التالى عن هذه الموانع .

....

١) المبسوط ج ٣٠ ص ٥٢ - ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨
٢) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٩٥ والمبسوط ج ٣٠ ص ٥٢
٣) المرجع السابق .

المبحث الخامس

موانع الميراث

الموانع جمع مانع - وهو فى اللغة الحائل : وفى الاصطلاح مايلزم من وجوده عدم الحكم رغم وجود سببه - ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه لذاته :

وهو هنا ما تفوت به أهلية الارث ويمنع الوارث من اعتباره وارثا : برغم تحقق سبب الارث فيه وتوفر شروطه اذ القاعدة - انه اذا اجتمع المقتضى والمانع يرجح المانع ويترك العمل بالمقتضى - مثل ان يقتل أخ أخاه عمدا فان القتل نفسه قد فوت على القاتل أهليته ليكون وارثا فى تركة اخيه وحرمه منها . فتوزع التركة على الورثة الموجودين المستحقين للارث كما لو لم يكن هذا الاخ موجودا والمحروم من الارث لمانع من الموانع الاتية : لا يعتبر له وجود مطلقا فلا يؤثر على غيره من الورثة بنقص او غيره - والفرق بينه وبين الحجب ان المحجوب - وان كان لا يستحق شيئا لوجود من هو مقدم عليه الا ان وجوده يؤثر على غيره فى الاستحقاق . مثلا - لومات شخص عن أبيه وامه واخوته . فانه رغم حجب الاخوة بالاب الا انهم يؤثرون على نصيب الام فينقصونه من الثلث الى السدس: واليك الكلام على موانع الارث تفصيلا وهى كما يلى :-

١) القتل
٢) اختلاف الدين
٣) اختلاف الدار
٤) الرق
٥) الدور الحكمى

المطلب الاول : المانع الاول : القتل :

وهو فعل من العباد تزول به الحياة .

وقد اتفق عامة الفقهاء على ان القتل العمد العدوان يمنع القاتل من الميراث . اذا صدر من مكلف وانه لا يمنع المقتول من ميراث القاتل . وهذا متصور فيما اذا جرح شخص أباه جرحا يسرى الى النفس . ثم مات الابن . وفى الاب - المجروح حياة مستقرة فانه يرثه *

....
* مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٦

ولا عبرة بما روى عن سعيد بن المسيب وابن جبير . وهو رأى الخوارج ان القاتل يرث المقتول . بحجة أن آيات المواريث تتناوله بعمومها فيجب العمل بهذا العموم . والصحيح ما اتفق عليه عامة العلماء من ان القتل العمد العدوان يحرم القاتل من الميراث : ولما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ليس لقاتل ميراث . رواه مالك فى الموطأ - واحمد - وابن ماجه (١) ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم . قال لا يرث القاتل شيئا (٢) . وما روى عن عمر بن الخطاب كذلك من انه اعطى دية ابن قتادة المزحجى لاخيه دون أبيه وكان قد حذفه بسيف فقتله . وقد اشتهرت هذه القصة بين الصحابة ولم تنكر فكانت اجماعا (٣) - ولما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما . من قتل قتيلا فانه لا يرثه وان لم يكن له وارث غيره وان كان والده اوولده (٤) فهذه الاحاديث مجتمعة تخصص الآيات التى تشمل القاتل وغيره فتخرج القاتل وتبقى من عداه . ويؤيد ذلك حكاية الاجماع السابقة فلا يجوز بعد ذلك القول بخلافه لانه يفضى الى تكثير القتل لان القاتل ربما استعجل موت مورثه ليأخذ ماله فوجب ان يعاقب بحرمانه معاملة له بنقيض قصده . وحتى لا تكون الجريمة سببا فى جلب النعمة (٥)

فاما ماعدا القتل العمد العدوان . فقد اختلفت كلمتهم فيه هل هو مانع من الميراث ام لا ؟

واليك مذهب الفقهاء فى هذه المسألة .

١) مذهب المالكية : ذهب المالكية الى ان القتل المانع - هو القتل العمد العدوان : سواء اكان بالمباشرة او بالتسبب ومثال المباشرة كأن يقصد ضرب انسان معصوم الدم بما يقتل غالبا كالسيف والحجر العظيم والثانى القتل بالتسبب كحفر البئر ووضع السم وشهادة الزور - فاذا انتفى التعمد والعدوان - او انتفى احدهما - كان خطأ . والخطأ لا يمنع من

....

١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٧٤
٢) المرجع السابق .
٣) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١٦١
٤) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٧٥
٥) انظر احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهره ص ١٠٧

ميراث الديه عندهم (١) . ووجهة نظرهم فى ذلك ان الدية على العاقلة وليس من المنطق ولا من العدل ان تدفع العاقلة ليقبض القاتل .

وعلى ذلك . فانه لو رمى انسان غرضا فانحرف عنه من غير قصد فاصاب المورث فانه يكون خطأ وكذلك اذا قتله بحق حدا او قصاصا مثلا او كان القاتل صغيرا او مجنونا لانه لا قصد لاحدهما او انقلب وهو نائم او سقط عليه من علو او ضربه قاصدا التأديب الجائز فمات . فان ذلك كله خطأ عندهم يرث صاحبه من المال ولا يرث من الدية : فالاساس عندهم العمد والعدوان .

٢) مذهب الحنفية : قالوا ان القتل المانع من الميراث - هو القتل الذى يجب فيه القصاص او الكفارة (٢) . وهذا يشمل - اربعة انواع :

١) العمد
٢) شبه العمد
٣) الخطأ
٤) الجارى مجرى الخطأ

١) فالعمد عند الامام هو ان يتعمد الجانى ضرب المجنى عليه بسلاح او ما يجرى مجراه فى تفريق الاجزاء كالنار والمحدد من الخشب او الحجر اوغيرهما . وقال صاحباه - العمد هو ان يتعمد ضربه بما يقتل غالبا - من غير اشتراط لتفريق الاجزاء .

٢) وشبه العمد عند الامام ايضا ان يتعمد ضربه بما لا يفرق الاجزاء كالحجر والعصا وعند صاحبيه - ان يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبا . كالعصا الصغيرة والحجر الرقيق . وانما سمى شبه عمد : لان فيه قصد الضرب وفيه معنى الخطأ لعدم قصد القتل .

٣) والخطأ : نوعان خطأ فى القصد كمن يرمى بسهمه شبحا على انه صيد . فاذا هو انسان وخطأ فى الفعل - كان يرمى صيد فتنحرف يده فتصيب انسانا .

....

١) الدسوقى على الشرح الكبير ج٤ ص٤٨٦ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٤
٢) المبسوط للسرخسى ج٣٠ ص٤٧ وما بعدها ..

٤) واما ما جرى مجرى الخطأ • فهو كالنائم ينقلب على مورثه فيقتله لان موجبه موجب الخطأ • فهو لا قصد فيه ولكن وجد منه الفعل حقيقة ومباشرة • فوجب الضمان • فاجرى مجرى الخطأ • فى انه مقدور فيه (١) وحجتهم فى ذلك •

أ – قول رسول الله صلى الله عليه وسلم – ليس للقاتل ميراث : ووجه الدلالة من الحديث : ان لفظ القاتل فى الحديث عام فينصرف النفى الى كل قتل فيه أثم • ولو كان دون اثم القتل ووجب فيه القصاص او الكفارة •

ب – وللاجماع فى العمد ولان كلا من العامد ومن اشبهه قصد قتل مورثه استعجالا لاخذ ماله بفعل محظور • فحرم من الميراث معاملة له بنقيض قصده •

واما المخطئ والجارى مجراه فلان كلا منهما قد وجد منه الفعل حقيقة • وقد قصر فى الاحتياط والتثبت وربما قصد بفعله قتل مورثه ثم تظاهر بالخطأ هربا من المسئولية فينزل هذا التوهم منزلة المحقق سدا للذريعة • فلزمته الكفارة وحرم من الميراث (٢) •

ولما كان المدار عند الحنفية على العدوان والمباشرة • فان القتل الذى لا يمنع من الميراث اربعة انواع :–

١) القتل بالتسبب كحافر البئر فى الطريق العام دون اذن من الامام فاذا وقع فيه مورثه ومات فانه يرثه • لان الحافر لم يباشر القتل فلا يسمى قاتلا حقيقة •

٢) القتل بحق • كمن قتل مورثه حدا او قصاصا او دفاعا عن النفس او العرض او المال • فان القتل لا يمنع من الميراث لان هذا قتل بحق • فلا عدوان فيه • لان الله تعالى يقول • ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق (٣)

....

١) الهداية ج ٤ ص ١١٧ وما بعدها •
٢) راجع المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٤٧
٣) الاية ٣٣ من سورة الاسراء •

٣) القتل من غير المكلف كالصبي والمجنون : فانه لا يمنع من الميراث ، لان الحرمان جزاء القتل المحظور وفعل غير المكلف لا يوصف بحظر ولا بغيره ، لانه لم يتوجه اليه خطاب الشارع بحد .

٤) القتل بعذر كمن فاجأ زوجته متلبسة بالزنا فقتلها فانه لا يمنع من ميراثها لانه في حالة دفاع شرعي فلا يترتب عليه حرمان (١)

٣) مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى ان القتل المانع من الميراث هو القتل المضمون بقود او دية او كفارة ، وهذا يشمل :

١) العمد

٢) شبه العمد

٣) الخطأ

٤) ما جرى مجرى الخطأ

٥) القتل بالتسبب

٦) القتل من الصبي والمجنون

وما ليس مضمونا بشيء مما ذكر فليس بمانع من الميراث : كالقتل قصاصا او حدا او دفاعا عن النفس وقتل العادل مورثه الباغي او من قصد مصلحة مورثه كمن سقاه الدواء باختياره للعلاج فمات ، فانه يرث في كل هذه الاحوال (٢)

٤) مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية - الى ان القاتل لا يرث مطلقا ، سواء أكان بالمباشرة او بالتسبب عمدا اوغير عمد بحق او بغير حق ، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم ليس للقاتل من الميراث شيء (٣) .

الترجيح :

وبالنظر في المذاهب نجد :

....

١) راجع المبسوط ج ٣٠ ص ٤٨ - ٤٩

٢) المغني لابن قدامه ج ٧ ص ١٦٦

٣) الشرقاوي على التحرير ج ٢ ص ١٦٦ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥

١) ان مذهب الشافعية اطلق القول بالمنع، حتى ولو كان القتل مأذونا فيه كالقتل قصاصا - او دفاعا - وهو مستثنى من عموم النهى، بقوله تعالى - ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق كما انه جعل القتل الصادر من غير المكلف مانعا من الميراث فيه مؤاخذة لهما، وقد رفع الله القلم عنهما .

٢) كما نجد ان الحنفية قد أخذوا المخطئ وما جرى مجراه - وغضوا النظر عن القتل بالتسبب مع العلم ان العكس ربما كان أولى .

٣) وكذلك يؤخذ على الحنابلة، حرمان المخطئ وما جرى مجراه - والصبى والمجنون : لان الرسول عليه السلام يقول رفع القلم عن ثلاث - عن الصغير حتى يكبر - وعن المجنون حتى يفيق - وعن النائم حتى يستيقظ، وقال رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه : فقد رفع اثم الخطأ : وما جرى مجراه : فلا محل لمؤاخذتهم : ولم يبق معنا الا مذهب المالكية، لانه مبنى على العمد - والعدوان، وهذا يدخل القتل بالمباشرة والتسبب وإياه نختار، وبه اخذ قانون التوريث ٧٧ سنة ١٩٤٣ فى المادة الخامسة منه (١) .

المطلب الثانـــى : المانع الثاني اختلاف الدين : اسلاما وكفرا :

الاسلام فى اللغة - التسليم والانقياد - وفى العرف الشرعى، هو شريعة محمد صلى الله عليه وسلم التى ختم الله بها شرائعه السابقة والتى ارتضاها لعباده ولا يقبل منهم سواها : قال تعالى ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين . (٢)

والكفر فى اللغة الجحود يقال كفر نعمة الله كفرا بالضم والفتح وكفرانا اى جحدها وسترها (٣) . واما فى الشرع : ماعدا الاسلام من المعتقدات والشرائع سواء اكان بالاشتراك بالله أم بغيره : ولا خلاف بين احد من الفقهاء فى ان الاسلام دين وحده مقابل للكفر .

ولكنهم اختلفوا فى الكفر هل هو ملة واحدة او ملل متعددة ؟ وكان لهم فى ذلك ثلاثة أقوال :

....

١) انظر محاضرات فى المواريث للشيخ الكشكى ص ٥٨
٢) الاية ٨٥ من سورة آل عمران
٣) الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ١٦٦ - المبسوط للسرخسى جـ ٣٠ ص ٣١

١) القول الاول : يرى ان الكفر كله ملة واحدة . واليه ذهب الشافعية والحنفية وغيرهم : (١) لانهم من حيث البطلان والنسخ متساوون : وان اختلفت حقيقة كل ملة عن الاخرى : قال تعالى . فماذا بعد الحق الا الضلال * وقال تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض (٢) . وقال : قل ياأيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون .. الى ان قال لكم دينكم ولى دين . فقد أفادت هذه النصوص ان الكفر كله ملة واحدة . وقد جعل الناس فريقين فقال فريق فى الجنة وفريق فى السعير وجعل الخصم خصمين . فقال هذا خصمان اختصموا فى ربهم فالذين كفروا .... الخ .

٢) القول الثاني : يرى ان الكفر ملل ثلاث . فالنصارى ملة . واليهود ملة - ومن عداهما ملة . وهو قول المالكية والحنابلة (٣) ودليل هذا القول . قول الله تعالى - لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا : وحيث ان الله قد جعل لكل صنف منهم طريقة تخالف طريقة الاخر ومنهاجا يخالف منهاجه . كان ذلك دليلا على ان كلا منهم ملة تخالف الاخرى . وكذلك فان غير اليهود والنصارى فانهم جميعا كالملة الواحدة . لانه يصدق عليهم جميعا انهم ليسوا أهل كتاب فاما اليهود والنصارى فان لكل منهم كتابا خاصا . يرمز الى انه مغاير للاخر .

٣) القول الثالث : ان اليهود ملة - والنصارى ملة ومن عداهما ذو ملل فتكون المجوسية مله - والوثنية ملة - وهكذا واليه ذهب ابن مزوق من المالكية وهو مروى عن على بن أبى طالب (٤) .

ووجهة هذا القول : انه لا موالاة بين بعضهم وبعض . وقد اقترن حكمهم فى الجزية . فانها تؤخذ من المجوس دون غيرهم من اصحاب المعتقدات الاخرى غير أهل الكتاب . ثم أنهم مختلفون فى معبوداتهم وطقوسهم الدينية وذلك دليل الاختلاف والتباين بينهم يؤيد هذا قوله تعالى : ان الذين آمنوا والذين هادو والنصارى والصابئين فان العطف يقتضى المغايره .

....

١) الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٦٦ - المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٣١
*) الاية ٣٢ من سورة يونس المبسوط ج ٣٠ ص ٣١ وقوله تعالى : ان الذين امنوا والذين هادوا فان العطف يقتضى المغايرة .
٢) الاية ٧٣ من سورة الانفال .
٣) بلغة السالك ج ٣ ص ٥١٢ - ٥١٣ والشرح الكبير للمقدس ج ٧ ص ١٦٤
٤) بلغة السالك ج ٢ ص ٥١٢ والشرح الكبير للدسوقى ج ٤ ص ٤٨٦

والراجح فى نظرى هو القول الثالث لان دياناتهم - وان تساوت فى البطلان والنسخ الا انهم مختلفون من جهات أخرى مثل المعتقدات والطقوس الدينية وانه غالبا ما يستحل بعضهم دماء بعض فلا موالاة بينهم : وهى أساس التوارث والنصرة : وان كان هذا لا يمنع اتحادهم ضد المسلمين كلما حانت فرصة • كما هو مشاهد الان بين اليهودية والمسيحية والشرق والغرب : ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم •

التوارث بين المسلم والكافر - وبين الكفار بعضهم من بعض

(أ) التوارث بين المسلم والكافر:

لقد اجمع العلماء على ان الكافر لا يرث المسلم • لانه ادنى حالا منه • (١)
ولان فى توريثه انشاء سلطان له عليه وهو ممنوع لقوله تعالى : ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢) • وللخبر المتفق عليه • وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم " قوله عليه السلام • لا يتوارث أهل ملتين شتى : (٣) •

ولان الغالب انقطاع النصرة والولاية بين المسلم والكافر والاحكام تناط بالغالب • فاذا وجد هذا الاختلاف وقت موت المورث الذى هو وقت استحقاق الميراث منع من الارث فاذا اسلم بعد الموت وقبل قسمة التركة فالجمهور الاعظم من الفقهاء • على انه لا شئ له كذلك وهو قول المالكية والشافعية والحنفية ورواية عند الحنابلة (٤) وغيرهم •

يدل لهم قوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر • والوجه منه أن المنع من الارث عام بينهما سواء أكان قبل القسمة ام بعدها : والمانع قائم متحقق حال وجود الموت فلم يرث • (٥) •

ولان الملك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلا يشاركهم قياسا على من أسلم بعد القسم •

....

١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٦٥ - المبسوط للشرخسى ج ٣١ ص ٣١ - ٣١
٢) الاية ١٤١ من سورة النساء وبداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٦
٣) نيل الاوطار ج ٦ ص ٧٣
٤) الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٦٦ عالدسوقى ج٤ص ٤٨٧ - المبسوط للسرخسى ج ٣٠
٥) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٧٢ •

وقد خالف فى ذلك جماعة . فقالوا اذا اسلم بعد الموت وقبل القسم فانه يرث . وهو رواية عن الحنابلة وروى عن عمر وعثمان . واستدلوا على ما ذهبوا اليه بما يلى :

١) بقوله عليه السلام . من اسلم على شئ فهو له . والوجه منه . أن من اسلم قبل القسم . يصدق عليه انه اسلم ولم يتعين حق الورثة فى التركة فاصبح مثلهم . (١) .

٢) وبقوله عليه السلام كل قسم قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم . وكل قسم ادركه الاسلام . فانه على ما قسم الاسلام ومعنى هذا ان الوارث . قد ادرك المال قبل ان يقسم فوجب ان يقسم كما يقضى الاسلام . وهو يقضى أن يقتسمه الورثة المسلمون . وهو منهم .

والراجح هو ما ذهب اليه الجمهور . لان الشرط عند الجميع عدم المنانع عند موت المورث . لا وقت قسمه التركة وجعل الامر معلقا بالقسمة : يؤدى الى الاضطراب اذا الحكم يختلف بتعجيل القسمة . وتأخيرها . وهذا يفتح باب التحايل على تحصيل المال بادعاء الاسلام .

وما ذكر من الاحاديث لا يدل لهم . فاما الاول . فلان المال الذى تركه المورث هو على ملك الورثة من وقت الوفاة وتعلق حقهم به فى مرض الموت . فحين اسلم فلم يسلم على شئ — واما الحديث الثانى / فلا يدل لهم لانهم شبهوا طرو الاسلام والمال لم يقسم شبهوه بمجئ الاسلام على مالم يقسم من اموال الجاهلية . وهذا قياس مع الفارق . فانه عند مجئ الاسلام لم يكن هناك حكم معتبر حتى يراعيه الاسلام اويقره فوجب أن يقول فيه كلمته . فاما حين موت المورث . فان الحكم موجود وهو الحكم بانتقال المال مند الوفاة الى ذمة الورثة . فهو غير محل النزاع .

المطلب الثالث : توريث المسلم من الكافر :

واما توريث المسلم من الكافر فقد اختلفوا فيه على مذهبين :—

١) المذهب الاول — يرى ان المسلم لا يرث الكافر باى سبب كان . فالزوج المسلم لا يرث الكتابية والقريب المسلم لا يرث من قريبه الكافر وكذلك العتيق المسلم لا يرث عتيقه الكافر .

....

١) المرجع السابق .

خلافا لرواية فيه عن الامام احمد .(١) واليه ذهب الائمة الاربعة ابو حنيفة ومالك والشافعى واحمد فى غير المعتق (٢)

٢) المذهب الثاني : يرى ان المسلم يرث من الكافر وهو مروى عن معاذ ومعاوية (٣)

الادلـــة :

وقد استدل كل مذهب على مذهبه بادلة نوردها فيما يلى :-

اولا : ادلة الجمهور : المانعين من ارث المسلم للكافر استدلوا بما يلى :-

أ - بقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر - ولا الكافر المسلم - فقد نص الرسول صلى الله عليه وسلم : على منع التوارث بينهما . فهذا نص فى محل النزاع لا ينبغى العدول عنه الى غيره .

ب - ما روى أسامه بن زيد . قال : يارسول الله اتنزل غدا فى دارك بمكة؟ . قال وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور ؟ . وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب . ولم يرث جعفر" وعلى " شيئا لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين (٤) فقد دل هذا الخبر على ان المسلم لا يرث الكافر حيث منع جعفر وعلى من الميراث ولو كان للمسلم ان يرث الكافر لورثا من أبيهما لانه ليس هناك مانع غير اختلاف الدين بينهما .

وهذا الخبر كما ترى كان فى فتح مكة كما تدل بعض الروايات الاخرى - اى انه كان فى الاعوام الاخيرة من حياة الرسول عليه السلام . مما يوكد انه آخر الاحكام فى هذا الموضوع ولم يطرأ عليه ما يغيره .

ثانيا : أدلة الرأى الثانى : القائل بجواز ميراث المسلم من الكافر . فقد استدل بمايلى :-

أ - بقوله عليه الصلاة والسلام . الاسلام يعلو ولا يعلى (٥) ووجه الدلالة منه ان الرسول قد أخبر بان الاسلام يعلو - ومن علو الاسلام ان يرث المسلم الكافر : ولا يرث الكافر المسلم .

....

١) راجع المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١٦٦ .
٢) المبسوط للسرخسى جـ ٣٠ ص ٣٠ ، التحرير والشرقاوى عليه جـ ٢ ص ١٦٦ والدسوقى والشرح الكبير جـ ٤ ، والمغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١٦٦ .
٣) المبسوط جـ ٣٠ ص ٣٠
٤) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٧٣
٥) المرجع السابق ص ٧١ .

ب - ما روى عن معاذ رضى الله عنه ان الرسول صلى الله عليه وسلم : قال الاسلام يزيد ولا ينقص (١) . ووجه الدلالة من الحديث ان الرسول قد اخبر بان الاسلام يزيد فى حق المسلم ولا ينقصه شيئا من حقه . فاذا كان الوارث قبل اسلامه مستحقا للارث من قريبه الكافر . فاذا كان مسلما وقلنا بانه لا يرثه . فان الاسلام يكون قد نقص من حقه . : وهذا مدفوع بالحديث فوجب القول بتوريثه .

ج - بالقياس : فقالوا يجوز لنا ان نرثهم ولا يرثوننا قياسا على جواز نكاحنا نسائهم وعدم جواز نكاحهم لنسائنا (٢).

الترجيح :

والرأى الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور الغفير من الفقهاء : وهو المنع من ميراث المسلم من الكافر.

أولا : لان أدلتهم من حيث سندها اصح من الاحاديث التى استدل بها اصحاب القول الاول (٣) .

ومن حيث الدلالة : فاحاديث الجمهور نص فى محل النزاع لا تحتمل غيره واما ما استدل به اصحاب القول الثانى فانها ادلة عامة محتملة : فالحديث الاول يحتمل ان يكون المراد منه ان الاسلام يعلو بمعنى انه اذا ثبت من وجه ولم يثبت من الوجه الاخر فانه يثبت من الوجه الذى ثبت منه . كما لو كان المولود بين مسلم وكتابية فانه يحكم باسلامه تبعا لابيه أو أن العلو من حيث الحجة او بحسب الغلبة والقهر. (٤)

واما الحديث الثانى . فيحتمل ان يكون المراد منه ان الاسلام يزيد بمن يسلم وما يفتح الله من البلاد على أهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلتهم بالنسبة لمن يدخل فى الاسلام .

ثانيا : ان السمة العامة للاسلام هى العدل والمعاملة بالمثل . فاذا كان الكافر لا يرث المسلم فمن العدل والانصاف ان لا يرثه المسلم .

....

١) المغنى ج٧ ص١٦٦ - المبسوط ج ٣٠ ص ٣٠
٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٧
٣) نيل الاوطار ج٦ ص ٧٤
٤) راجع المبسوط ج٣٠ ص ٣١ ونيل الاوطار ج٦ ص٧٢ والمغنى لابن قدامه ج٧ ص ١٦٦

ويرد قولهم _ ان الكافر يرث الكافر • فاذا اسلم لم يرث : ان المانع من الارث ليس هو اسلام الكافر بل هو بقاء الكافر على كفره لانه خبيث وليس أهلا لان يكون المسلم خلفا له •

ثالثا : يرد قياسهم الميراث على جواز نكاح الكتابية :

أولا : انه قياس فى مقابلة النص فلا يقبل •

ثانيا : ان مثل هذا معهود فى الشريعة • فان العبد ينكح الحرة _ ولا يرثها : والمسلم يغنم مال الحربى ولا يرثه • والنكاح مبناه على التوالد وقضاء الوطر ففيه نوع استخدام* والارث مبناه على النصرة والموالاة فافترقا •

ولقد انكر شريح قاضى الكوفة _ ما اخذ به معاوية ومعاذ ومن معهما • وكان اذا قضى بذلك لم يقل هذا قضاء بحكم الله ورسوله على عادته كلما كان يريد اصدار حكم _ بل كان يقول هذا قضاء أمير المؤمنين ليحمله تبعة ذلك(٢) • ولما تولى اعدل الامويين عمر بن عبد العزيز الغى هذا وأمر القضاة أن يسيروا على ما عليه جماعة المسلمين من عهد الصحابة من انه لا توارث بين مسلم وغير مسلم : (٢)

المطلب الرابع : ميراث الكفار بعضهم من بعض :

الكلام فى توريث الكفار بعضهم من بعض مبنى على الخلاف السابق بين الفقهاء • هل هم ملة واحدة او ثلاث ملل ؟ او اكثر من ذلك ؟ فمن قال أنهم ملة واحدة كالشافعية والحنفية • قال أنهم يتوارثون سواء اتفقت دياناتهم واختلفت عقائدهم كفرق النصارى • او اختلفت العقائد والاديان كاليهود مع النصارى _ وهم بالنسبة لغيرهم • فاليهودى وزوجته المسيحية يتوارثان _ والبوذى وقريبه الوثنى يتوارثان : وكذلك اختلافهم فى الطائفة • فالكاثوليكى والارثوذكسى يتوارثان _ والقرائى والربانى من اليهود يتوارثان : • وذلك لان غير المسلم فى حكم الاسلام سواء فى أنهم يدينون بغيره :

ومن قال أنهم ملل ثلاث كالحنابلة والمشهور عند المالكية • قال لا يتوارث _ اليهود من المسيحيه ولا العكس • ولا توارث بين احدهما _ وغيره من الملل الاخرى

*) الشرقاوى على التحرير جـ٦ ص ١٦٦

١) احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١٠٧

٢) والى ذلك ذهب قانون المواريث ٧٧ سنة ٩٤٣ فى الفقرة الاولى من المادة السادسة ونصها لا توارث بين مسلم وغير مسلم •

واما من عدا اليهود والنصارى فيتوارثون باعتبارهم كالملة الواحدة .

ومن قال ان من عدا اليهود والنصارى اصحاب ملل متعددة . فانه يقول لا يتوارث أهل ملتين - مطلقا .

الترجيح :

ولقد سبق لنا ترجيح هذا القول . لان قول الرسول صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين شتى . شامل لهذه الملك لانهم لا تناصر بينهم وان كانوا يجتمعون على المسلمين وهذا لا يمنع أنهم اصحاب عقائد متفرقة مختلفة. لذا فنحن نختار هذا الرأى لانه واقعى .

المطلب الخامس: المانع الثالث : اختلاف الدارين :

المراد بالدار : الاراضى التى تنتظمها دولة واحدة وتخضع لحكم واحد ويجمعها جيش واحد .

وتختلف الدار . اذا تحقق فيها الاختلاف فى ثلاث انواع :

الناحية الاولى : ان يختلف الحاكم الاعلى . كرئيس الجمهورية - او الملك - او الامير - او السلطان .

الناحية الثانية : ان تختلف المنعة والقوة بحيث يكون لكل منهما جيش خاص بقيادة مستقلة .

الناحية الثالثة : ان تنقطع العصمة والموالاة بينهما بحيث تستحل كل منهما قتال الاخرى - وتهدر دم ابنائها .(1) . فاذا تحققت هذه الامور الثلاثة كانت الداران مختلفتين . فاذا لم توجد هذه الامور الثلاثة مجتمعة فمهما اتسعت الرقعة وتعددت الاقطار والحكومات واختلفت اللغات والديانات ولم تنقطع العصمة بل وجد بينهما التناصر على الاعداء كانت الداران فى حكم دار واحد .

ومن هذا اتفقت كلمة العلماء على ان اختلاف الدار لا اثر له بين المسلمين اذ دار الاسلام واحدة مهما تباعدت الديار او اختلف الحاكم وتعددت الحكومات والجيوش : وحتى لو وجد بينهم خلاف او نزاع . فان وحدة الاسلام تتغلب فى آخر الامر على كل اختلاف لان الولاية قائمة والعصمة لم ينقطع بينهما - ولا توجد حكومة

....

1) انظر المبسوط ج٣٠ ص٣٣ .

تستحل حكومة أخرى : يقول الله تعالى : وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما . فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفئ الى امر الله . فان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا ان الله يحب المقسطين . انما المؤمنون أخوة فاصلحوا بين اخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون (١) . ويقول الرسول عليه السلام : اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل - والمقتول فى النار : قيل يارسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال انه كان حريصا على قتل صاحبه . وكذلك لا يختلف الحكم اذا وقع بلد اسلامى فريسة احتلال عدو له : كما هو الحال الان فى فلسطين - والاجزاء الغالية المغتصبة من سيناء والضفة الغربية والهضبة السورية . التى نرجو الله ان يفك اسرها قريبا انه سميع الدعاء .

فان الحرب الموجودين فى هذه البلاد يتوارثون مع اقاربهم فى شتى بقاع العالم الاسلامى لان المحتل او المستعمر باغ لا يقر على بغيه بل يجب على المسلمين فى اركان الدنيا كلها أن يهبوا لاستخلاص هذه الارض واستخلاص العرض . ولينصرن الله من ينصره .

مما سبق يتضح لنا ان اختلاف الدار لا يكون الا بين غير المسلمين فى حالة الحرب وانقطاع العصمة فاما فى حالة السلم او قيام الاتفاق بين الدول على التعاون وحسن الجوار فلا يكون اختلاف الدار مانعا .

أقسام اختلاف الدار :

اختلاف الدار ثلاثة أقسام . لانه أما ان يكون حقيقيا فقط او حكميا - فقط - او حقيقيا وحكميا .

القسم الاول : الاختلاف الحقيقى : كما اذا كان الوارث ومورثه تابعين فى الرعوية لدولة واحدة . وكان كل منهما يقيم فى دولة تخالف الاخرى . كالمانيين مثلا يقيم احدهما فى فرنسا والاخر يقيم فى امريكا . مع احتفاظهما بتبعيتهما لالمانيا فالداران وان اختلفتا حقيقة لكنهما متحدان فى الحكم . فيتوارثان ولا اثر لهذا الاختلاف .

....

١) الاية ٩ ، ١٠ من سورة الحجرات .

القسم الثاني : الاختلاف الحكمى : ويتحقق هذا فيما لو اختلفت التبعية فقط . بأن كان كل من الوارث والمورث تابعا لدولة أخرى . مع اقامتهما معا فى بلد واحدة كذمى ومستأمن يقيمان معا فى دارنا اذ المستأمن حربى دخل دار الاسلام بأمان .

فالمستأمن والذمى وان كانا فى دار واحدة حقيقة - وهى دار الاسلام لكنهما فى دارين مختلفتين حكما - والفرق بين الذمى والمستأمن ان الذمى معدود من رعايا الدولة الاسلامية . واما المستأمن فمعدود من أهل الحرب وليس خاضعا للرعوية الاسلامية ولكنه دخل دارنا بأمان : وهذان لا توارث بينهما لتحقيق اختلاف التبعية (١) .

القسم الثالث : الاختلاف الحقيقى والحكمى معا ويتحقق هذا فيما لو اختلفت التبعية والاقامة . بأن كان كل من الوارث والمورث تابعا لدولة تخالف الاخرى مع اقامة كل منهما فى البلاد التابعة لدولته كالمانى له قريب انجليزى ويقيم كل منهما فى بلدة وكذمى فى دارنا له قريب حربى فى فلسطين المحتلة (اسرائيل) . وهذان لا توارث بينهما لتحقق اختلاف الدار حكما (٢) من هذا يتضح ان اختلاف الدارين الذى يمنع من الارث عند من يقول به هو الاختلاف الحكمى سواء انضم اليه الاختلاف الحقيقى أم لا .

آراء العلماء فى اعتباره مانعا من الارث :

اختلف الفقهاء فى اعتبار اختلاف الدار مانعا من الارث : على رأيين .

١) الرأى الاول : يرى انه لا اثر لاختلاف الدارين فى المنع من الميراث - واليه ذهب المالكية وبعض الحنابلة (٣) .

٢) الرأى الثانى : يرى ان اختلاف الدار يمنع التوارث بين غير المسلمين لانقطاع العصمة وانتفاء الولاية " واليه ذهب الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة (٤) .

....

١) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٣٣ والشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٦٦

٢) راجع احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١١٢ ونظام المواريث فى الشريعة الاسلامية على المذاهب الاربعة عبد العظيم فياض ص ٣٤ .

٣) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٦٩ بلغة السالك ج ٢ ص ٥١٣ .

٤) المبسوط ج ٣٠ ص ٣٣ الشرقاوى على التحرير ج٢ص ١٦٦ المغنى لابن قدامه ج٧ص١٦٩

وقد استدل اصحاب الرأى الاول على قولهم ، بان النصوص الواردة فى الميراث تشملهم ولم يرد بتخصيصهم نص او اجماع ولا يصح فيهم قياس : وقد روى ان عمر ابن امية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع المدينة فوجد رجلين فى طريقه من الحى الذين قتلوهم ، وكانا أتيا النبى صلى الله عليه وسلم ، فى أمان ـ ولم يعلم به عمرو فقتلهما ، فوداهما النبى صلى الله عليه وسلم ولا شك فى انه بعث بديتهما الى أهلهما (١) وهذا توريث بين مستأمن وحربى فالاختلاف بينهما حكمى .

الترجيح :

ومن خلال عرض الرأيين ووجهة نظرهما ، يتضح لنا رجحان الرأى الاول وهو أولى بالقبول ، لان فيه نصا عن الرسول عليه السلام فضلا عن عدم وجود مخصص للادلة العامة التى تشملهم ، وبهذا القول أخذ قانون المواريث : الا فى صورة واحدة فانه أخذ فيها بالمذهب الثانى ـ وهى ما اذا كانت شريعة الدولة الاجنبية يمنع توريث غير رعاياها ـ انظر المادة ٦ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

المانع الرابع : الرق :

والرق يمنع من الميراث فلا يرث من به رق لنقصه ولا يورث ، لان ما بيده من مال هو ملك لسيده ، ولانه لو ورث شيئا لكان لسيده ، وهو أجنبى عن الميت ، وانما لم يقل الفقهاء بارثه ثم يتلقى سيده له بالملك كما قالوا فى قبول عبده لنحو وصية او هبة له ، لان هذه عقود اختيارية تصح للسيد ، فايقاعها لعبده ايقاع له ولا كذلك الارث (٢) ، وهو لا يملك لان الرق ينافى أهلية التملك اذ مقتضى كونه مالا مملوكا الا يكون مالكا للمال ـ والا كان مالكا للمال ومملوكا كالمال فى آن واحد وهذا لا يجوز : قال تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ ، هذا فى القن فاما المبعض ، فانه يورث عنه ما ملكه ببعضه الحر ، (٣) .

المانع الخامس : وهو مانع عند الشافعية :

الدور الحكمى ـ وهو ان يلزم من اثبات شئ نفيه او هو توقف حكم على حكم ....

١) المغنى لابن قدامه جـ٧ ص ١٦٩ .
٢) الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ١٦٥ .
٣) المرجع السابق .

آخـــــر (١) ومثالـه ان يقر اخ حائز للتركـة بابن للميت • فانه يثبت نسبـه - ولا يرث اذا لو ورث لحجب الاخ المقـر فلا يكون حائزا فلا يصح استلحاقـه لـه لان من شرط صحـة استلحاقـة ان يكون وارثا حائزا • فاذا لم يصح استلحاقـه لم يثبت النسب - واذا لم يثبت النسب لم يرث •

....

١) الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ١٦٧ •

المبحث السادس

في تعلق الميراث بالتركة

وفيه مطالب

بعد ان انتهى الكلام على أسباب الميراث وشروطه وموانعه ننتقل الى الركن الاهم فى الموضوع - وهو التركة اذ هى التى يدور حولها الكلام فى الميراث : لانه لولا وجود التركة لما كان هناك توريث : ونبين وقت تعلق الميراث بها - وكيفية هذا التعلق .

المطلب الاول

أ - تعريف التركة :

التركة بفتح التاء المشددة وكسر الراء مصدر بمعنى المفعول - اى المتروك ويجوز فيها كسر التاء وفتحها مع سكون الراء . وهى لغة : مايتركه ويخلفه الميت (١) . وشرعا : عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة :

١) تعريف الحنفية : قالوا فى المشهور عنهم - هى ما يتركه الميت من الاموال صافيا عن تعلق حق الغير به . (٢) .

٢) تعريف المالكية : قالوا هى حق يقبل التجزى يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له .

٣) تعريف الشافعية والحنابلة : هى ما يخلفه الميت من مال اوحق او اختصاص (٣) .

والناظر فى هذه التعاريف يرى ان الحنفية قالوا ان ما تعلق به حق عينى من التركة لا يؤول الى الورثة . بل يبقى مشغولا بما تعلق به كما كان قبل الموت . فلا يسمى تركة : وان من عدا الحنفية : يرون ان الدين وان تعلق بعين التركة الا انه لا يمنع انتقال الملكية الى الورثة ملكا محملا بهذا الدين فهى محبوسة به وهم ممنوعون من التصرف فيها حتى يقضى هذا الدين

....

١) المصباح المنير . باب التاء والراء وما يثلثهما .
٢) انظر المبسوط جـ ٢٩ ص ١٣٧
٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣ .

وذلك كحق الرهن فانه لا يمنع بقاء ملك الراهن فى المرهون - وان منع التصرف فيه (١) .

ب - الحقوق المتعلقه بالتركة وثبوتهــا :

الحقوق جمع حق - وهو الثابت الذى لا يسوغ انكاره (٢) : ومنه الحاقه للساعة : فهى لازمة الوقوع لا محالة : وهذه الحقوق . هى :

١) التجهيز بما يتطلبه حال الميت : ويتفق مع الشرع .

٢) الديون العينيـــة

٣) الديون المطلقة .

٤) الوصيـــة .

٥) الميـــراث .

وهى خمسة حقوق كما رأيت - وبعض العلماء يجعلها اربعة باسقاط الحقوق العينية فلا يدخلها فى التركة ابتداء :

وهم الحنفية كما سبق - او يجعل نوعى الديون : العينية والمطلقة قسما واحدا - وهم الحنابلة .

مذاهب العلماء فى ترتيب هذه الحقـــوق

اتفقت كلمة الفقهاء على ان الحقوق المتعلقة بالتركة ليست فى مقام واحد بل بعضها واجب التقديم على البعض الاخر : كما اتفقوا ايضا على ان التجهيز والدين مقدمان على الوصية - وان الوصية مقدمة على الارث . الا أنهم اختلفوا فى التجهيز والدين أيهما مقدم على الاخر ؟ . وكان خلافهم على ثلاثة مذاهب :

١) المذهب الاول : يرى ان الدين بنوعيه مقدم على التجهيز - واليه ذهب ابن حـــزم . (٣) .

٢) المذهب الثانى : يرى ان الدين العينى مقدم على التجهيز - وان التجهيز مقدم على الدين المطلق - واليه ذهب الحنفية والشافعية والمالكية . (٤) .

....

١) انظر مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤ والدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٥٧
٢) انظر المصباح المنير - باب الحاء والقاف وما يثلثهما .
٣) المحلى ج ٩ ص ٢٥٢ وما بعدها .
٤) المبسوط للسرخسى ج ٢٩ ص ١٣٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤ ، والدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٤٥٧ .

٣) المذهب الثالث . يرى - ان التجهيز مقدم على الدين سواء اكان عينيا ام فى الذمة : وذهب اليه الحنابلة (١).

الادلــة :

١) استدل صاحب المذهب الاول - وهو ابن حزم : بما يلى :-

بقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها او دين : ووجه الدلالة ان الله تعالى قدم الوصية والدين - على سائر الحقوق . ومنها التجهيز - وقد صار المال للغرماء بنص القرآن الكريم فمن الظلم ان يخص الغرماء باخراج الكفن من مالهم دون سائر من حضر (٢).

٢) والائمة الثلاثة اختلفوا فى التكييف الفقهى لما ذهبوا اليه : فالاحناف على المشهور عندهم يرون ان ما تعلق به حق عينى خارج عن التركة . كما سبق فى تعريفهم لها .

واما المالكية والشافعية . فانهم وان كانوا يرون ان الديون العينية لا تمنع التملك للعين المشغولة بحق عينى الا أنهم يقولون انه ملك ناقص بمعنى انه لا يملك الورثة التصرف فيه كما ان الراهن ممنوع من التصرف فى المرهون حتى لا يفوت حق المرتهن فى الاستيثاق :

ووجه الجمع فى ذلك : ان صاحب العين كان ممنوعا - من التصرف فيها حال حياته . فلا يبيع العين ليشترى بها ملبسا او يؤجر بها مسكنا واذا لم يكن هذا من حقه حال حياته . فاولى ان لا يكون له ذلك بعد موته . لان - الموت يجعل الديون المطلقة تتعلق بالاعيان بعد ان لم تكن متعلقة بها - وذلك لضعف الذمة بالموت - واذا كان الموت من شأنه ان يقوى الضعيف كان من المنطق ان لا يضعف القوى : فلا يضعف ما كان متعلقا بها فعلا (٣).

٣) ووجهة اصحاب الرأى الثالث - وهم الذين قدموا التجهيز على الدين مطلقا : وهم الحنابلة . قالوا .

---

١) الشرح الكبير للمقدس ج ٧ ص ٤ بهامش المغنى .
٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٢٥٣
٣) انظر مغنى المحتاج ج٣ ص ٤

ان التجهيز من حاجات الانسان الاساسية كطعامه وشرابه وملبسه حال حياته - وحاجاته الاساسية مقدمة على سائر الديون فعند افلاسه يبقى له قوته وملبسه ولا يباع شيء من ذلك فى دينه . مع تحقق القدرة على الاكتساب . فعند العجز عن القدرة على تحصيل ذلك أولى .

الراجح :

والراجح ما ذهب اليه القائلون بتقديم التجهيز مطلقا لانه ليس من المستساغ ان يكون للانسان مال ثم يستجدى له كفنه ولان النبى صلى الله عليه وسلم كفن مصعب بن عمير لما استشهد يوم أحد فى نمرة له لم يوجد له غيرها - وكذلك فعل مع سيد الشهداء حمزة ولم يسأل هل عليه دين ام لا ؟ وترك الاستفصال ينزل منزلة العموم فى المقال - ومقتضاه تقديم التجهيز مطلقا . ثم يرد ما استدل به ابن حزم بانه لا يدل له . لانه يدل فقط على تأخير الميراث عن الدين والوصية ولا دلالة فيه مطلقا على تأخير التجهيز عن الدين لانه ورد عقب بيان فرائض اصحاب المواريث فيبين ان هذه الفرائض انما تكون بعد قضاء الدين وانفاذ الوصية .

المطلب الثانى

وقت تعلق حق الوارث بالتركة

ذهب الحنفية : الى ان لحق الارث بالتركة تعلقين :

الاول : يكون من أول مرض الموت .

الثانى : يكون فى آخر جزء من اجزاء الحياة .

التعلق الاول

وهو الذى يكون أول مرض الموت

اختلف فيه فيما بينهم - هل يتعلق بمالية التركة - أم بذاتها : - وكان خلافهم على رأيين :

الرأى الاول : رأى الامام ابى حنيفة :

قال انه تارة يتعلق بالمالية - وتارة يتعلق بذات التركة فيتعلق بالمالية اذا كان تصرف المريض مع اجنبى غير وارث - ولذا يجوز ان يبيع للاجنبى بمثل القيمة لا باقل منها

ويتعلق بذات التركة اذا كان تصرفه مع وارث - فلا يجوز له ان يؤثر احدا بشئ منها ولو بالبيع بمثل القيمة - لان الايثار كما يكون بغير عوض - فانه يكون باختيار الاعيان الجيدة .

ويرى صاحباه - ابو يوسف ومحمد - ان حق الارث متعلق بمالية التركة - اى بقيمتها . مطلقا سواء اكان التصرف لاجنبى اولوارث : لان تصرفه لا يترتب عليه ابطال لحق الورثة فى مالية التركة فيكون الاجنبى والوارث فى التصرف له سواء . (١)

والجدير بالاختيار هو قول الامام ابى حنيفة - لانه انسب حيث كان التعامل مع اجنبى فان الشبهة فى المحاباة تكون معدومة اما اذا كان التعامل مع وارث كان احتمال محاباته قائما : وهنا يكون القول بالتعلق بعين التركة أولى لحفظ حق الورثة اذانهم يتمكنون من دفع الضرر عن أنفسهم بنقض هذا التصرف بعد الوفاة .

صفة هذا التعلق

واختلفوا كذلك فى صفة هذا التعلق - هل هو حق ملكية - ام انه مجرد حق فى الخلافة . فهو لا يثبت حق ملكية - وانما تثبت الملكية من وقت الوفاة ؟ على رأيين أيضا .

١) الرأى الاول : رأى المتقدمين من الحنفية : ان الذى يثبت هو حق ملكية وتكون الوفاة كاشفة عن هذا الحق وليست منشئة له : واستدلوا على ما ذهبوا اليه بقوله صلى الله عليه وسلم : ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم فى آخر اعماركم - ووجه الدلالة من الحديث . ان استيفاء ثلث المال على الذمة وقت مرض الموت يقتضى ان الملك فى الثلثين قد زال من ملكية المريض . واذا زالت ملكيته فى الثلثين فانها لا تبقى بدون مالك ولكنها تدخل فى ملك الورثة .

كما انه لو كان ملكه ثابتا فى الثلثين لنفذ تبرعه بالزيادة عن الثلث - ولكنه باجماع العلماء لا ينفذ له تبرع الا فى الثلث . فاما مازاد عليه . فانه يكون موقوفا على اجازة الورثة . فعدم النفاذ دليل على خروجه عن ملكه ودخوله فى ملكهم . (٢) .

....

١) راجع محاضرات فى الميراث المقارنة للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى ص ١٦٢-١٦٣ - واحكام التركات والمواريث لابى زهرة ص ١٠ وما بعدها .

٢) المراجع السابقة .

٢) <u>الرأي الثاني</u>: للمتأخرين منهم : فانهم يرون - ان حق الارث الذى يثبت من وقت دخول مرض الموت : لا يتجاوز حقهم فى الخلافة - صيانة لثلثى التركة - وهذا الحق كاف فى منع المريض من التصرف فيه بعد الموت واستدلوا على ماراوه بما يلى :-

أ - قالوا ان الاجماع قائم على ان تبرع المريض باكثر من الثلث لا ينقض فى حياته - ولكن ينقض بعد وفاته وهذا يدل على أنهم ما كانت لهم ملكية قبل الوفاة .

ب - وكذلك انه من المتفق عليه انه لو كان الوارث غير أهل للميراث - وقت مرض الموت . ثم صار له أهلا عند الموت . فانه يكون وارثا - وتكون له كل الحقوق الممنوحة للوارثين :- كالاعتراض على كل تبرع تجاوز الثلث الخ فلو كان حق الورثة هو الملكية وقت مرض الموت وقبل الوفاة - لما ورث من قام به مانع كالكفر مثلا ثم أسلم قبل الموت مباشرة - لان باقى الورثة قد ملكوه - على قولهم - وزالت ملكيته عن المورث الاصلى (١) .

<u>الترجيح</u> :

والراجح ما ذهب اليه المتأخرون : لانه لم يعهد شرعا - ان يكون الشئ الواحد ملكا خالصا لشخصين فى وقت واحد - ولان الضرورة هى التى دعت لاثبات حق الخلافة للورثة للمحافظة على الثلثين والضرورة تقدر بقدرها - وهذا القدر كان فى نقض - تصرفاته اذا دعت حاجة لذلك . بعد الوفاة وما احتج به المتقدمون لا يدل لهم . لان عدم نفاذ تصرفه فى الثلثين كان لوجود حق الخلافة فيه .

<u>التعلق الثانى</u>

<u>ووقته</u>

<u>وهو الذى يكون فى آخر جزء من اجزاء الحياة</u>

اتفق الفقهاء على ان هذا التعلق يكون حق ملكية - ولكنهم اختلفوا فى وقته على ثلاثة أقوال :-

....

١) راجع بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٢٢٠ وما بعدها - وراجع احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١١ - ١٢

١) ذهب الشافعية : وهو قول للحنفيه : الى ان هذا الحق يتعلق بالتركـــه وقت الموت لا قبلـه ولا بعده (١) • ووجهتهم فى ذلك ان الوارث خليفـة للميت فيقترن ملك الخليفة بزوال ملك من يخلفه • حتى لا يبقى الشئ المملوك بلا مالك •

٢) وقال محمد بن الحسن وزفر - يتعلق حق الملكية بالتركة قبيل الوفاة • ووجهتهم فى ذلك - ان الارث يجرى بين الزوج - والزوجة - والزوجية ترفع بالمـوت فاذا لم نثبت ملكية الوارث فى مال مورثه قبيل الوفاة حال بقاء الزوجية : لارتفع السبب الموجب للميراث • (٢) فلم ترث الزوجة لكنها ترث • فدل ذلك علـى تعلق الحق بالتركـة قبيل الوفاة •

٣) وقال ابو يوسف - وهو قول لمحمد يثبت الارث بعد الوفـاة • لان المـورث مالك لجميع امواله مادام حيا • فلو قلنا ان الوارث يملكها فى هذه الحـال لادى ذلك الى ان يكون الشئ الواحد مملوكا لشخصين ملكا خالصا فى وقت واحـد وهو غير معهود فى الشريعة • (٣)

والراجح فى نظرى هو المذهب الاول - لانه وسط بين القولين - ولان المورث مادامت فيه بقية من حياة فان المال ماله والقول بارتفاع الزوجيـة ليس من كل وجه • بدليل أنها لا تستطيع ان تتزوج الا بعد المدة - فهـى محبوسة لحقه عليها •

المطلـب الثالـث

اثـر الديـن علي حـق ملكيـة الـوارث

اتفق الفقهاء على ان التركـة اذا لم تكن محملـة بدين مطلقا سـواء أكان مستغرقا اوغير مستغرق فانها تنتقل : على نحو ما مر : بيانه فى الموضـوع قبله : فاما اذا كانت مدينة • فهل تنتقـل كذلك الى الورثـة - ام تبتدئ بعد سـداد الديـون ؟ •

اختلف الفقهاء فى ذلك على قوليـن :

....

١) راجع المراجع السابقـة •
٢) الميراث المقارن - للشيخ الكشكى ص ١٦٧
٣) المرجع السابق ص ١٦٨ وانظر المبسوط للسرخسى ج ٢٩ ص ١٣٧ •

١) القول الاول يرى : ان الدين لا يمنع ثبوت حق الوارث فى ملكية التركة سواء اكان محيطا اوغير محيط • واليه ذهب الشافعيه فى الاصح عندهم وقول للحنابلة ـ وقول لابى حنيفة • (١) وانما يمنع التصرف فيها ودليل هذا القول •

أ ـ أن الموت سبب للتوريث فيتحقق المسبب فور وجود سببه ـ الا لمانع يمنع من عمل الاسباب فى مسبباتها • وكون الدين قد تعلق بالتركة وكونها مشغولة بحاجات الميت كل ذلك لا يمنع تحقق الوراثة : لانه تعلق للاستيثاق من الاداء ولضمان حقوق الغرماء ـ وذلك لا يمنع من تحقق الوراثة • قياسا على الرهن فانه لا يمنع ملكية الراهن للعين المرهونة •

ب ـ قول الرسول صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا اوحقا فلورثته ومن ترك كلا ـ وفى رواية من ترك دينا فالى ومن ترك مالا فلورثته والوجه منه ان الرسول جعل المال للورثة ـ ولم يفرق بين تركة مدينة اوغير مدينة •

٢) والقول الثانى يرى : ان التركة لا تنتقل الى الورثة ـ اذا كان الدين مستغرقا لها ـ واذا كان غير مستغرق فانه لا ينتقل ما يعدل سداد الدين ـ وينتقل ماعداه الى الورثة : وبعضهم قال ان التركة كلها لا ينتقل منها شئ حتى فى حالة ما اذا كان الدين غير مستغرق • لان كل جزء من التركة مشغول بجزء من الدين • فصار كالمستغرق (٢) وبه قال بعض الحنيفة والحنابلة والمالكية.

ودليل هذا القول : مايأتى :

أ ـ قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها ودين : والوجه منه ـ ان الله قد جعل اوان الميراث ما بعد قضاء الدين ـ والحكم لا يسبق اوانه ـ فيكون حال الدين كحال حياة المورث فى المعنى (٣).

....

١) راجع مغنى المحتاج ج٣ص٤ ـ والمبسوط للسرخسى ج ٢٩ ص١٣٧ والشرح الكبير للمقدس من المغنى ج ٧ ص ٤ وما بعدها •
٢) تراجع المراجع السابقة والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص٤٥٧
٣) المبسوط ج ٢٩ ص١٣٧

ب - ان المال مشغول بحاجة الميت - والمشغول بحاجته لا يخلفه فيه وارثة - وقيام الاصل يمنع ظهور الخلف (١) .

والراجح والذى يظهر لى اختياره هو القول الاول . لان سبب الميراث هو الموت . والمسببات لا تتأخر عن أسبابها وما استدل به اصحاب القول الثانى لايدل لهم اذ كل ما تدل عليه الاية الكريمة (من بعد وصية يوصى بها او دين) ان قسمة التركة تكون بعد سداد الدين وانفاذ الوصية - . ويكفى فى اداء حاجات الميت منع الورثة من التصرف حتى : يتم تجهيزه وتسدد ديونه كما فى الرهن : فانه لا يمنع ملكية الراهن فى المرهون . (٢)

المطلب الرابع

الحجب

بعد ان انتهى الكلام على تأثير الدين على ملكية الورثة . نرى انه من المناسب - ان نتبع ذلك بالكلام على الحجب : لانه قد يرفع هذا الحق كلا أو بعضا .

تعريف الحجب لغة - وشرعا :

أ - فى اللغة - المنع - ومنه قيل للستر حجاب لانه يمنع المشاهدة ومنه قوله تعالى - فى شأن الادب مع بيوت النبوة واذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب * - اى ساتر يمنع نفاذ بصركم لهن أدبا واحتراما - وقيل للبواب حاجب لانه يمنع من الدخول - والاصل فى الحجاب - ان يستعمل فى الماديات فيكون جسدا حائلا بين جسدين - وقد استعمل فى المعانى - فقيل العجز حجاب بين الانسان ومراده - والمعصية حجاب بين العبد وربه (٣) ويراد به فى علم الفرائض : منع من قام به سبب الارث من كل ميراثه أو بعضه . بسبب وجود شخص آخر فالمحجوب : شخص : توافرت فيه أسباب الارث وانتفت عنه موانعه - ولكن وجد مع هذا من هو أولى منه بالميراث

....

١) المرجع السابق .
٢) انظر مغنى المحتاج ج٣ص ٤ : والتركات والمواريث لابى زهرة ص ١١-١٢
* الاية ٥٣ من سورة الاحزاب
٣) المصباح المنير مادة حجب .

فمنعه كل نصيبه او بعضه ٠

الفرق بين المحجوب - ومن قام به مانع من موانع الارث : ان من قام به مانع من موانع الارث كالقتل - واختلاف الدين - او الرق - فانه لا يحجب غيره فى قول عامة الفقهاء من الصحابة والتابعين - فيكون كالمعدوم بالنسبة لغيره فتقسم التركة بين الورثة على أساس عدم وجوده ألبتة - لان عدم ارثه انما هو لمعنى قام به هو فافقده أهليته للارث ٠

وقد خالف فى ذلك بعض الصحابة وعلى رأسهم ابن مسعود وبعض الفقهاء كأبى ثور وداود فقالوا - أن من قام به مانع من الارث فانه يحجب الام - والزوجين - فالولد الكافر او القاتل يحجب الزوجين - حجب نقصان ٠ فيرد الزوج الى الربع والزوجة الى الثمن :- والاخوة الذين هم كذلك يردون الام من الثلث الى السدس : واستدلوا على ذلك بما يلى من الكتاب :

١) بقوله تعالى : فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم أو ولد ٠ فان كان لكم ولد فلهن الثمن ٠

ووجه الدلالة - أن الاية عامة تشمل الولد - الوارث ومن قام به مانع من الارث - ولم يأت مخصص لهذه الاية فتبقى على عمومها ٠

٢) قال تعالى - ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك أن كان له ولد (٢)
فالاية عامة شاملة للولد - الوارث والممنوع من الارث ٠

٣) وبالنسبة للاخوة - يقول الله تعالى - فان كان له اخوة فلامه السدس (٢) ٠

ولكن يرد استدلالهم بهذه الايات - بان هذه الآيات ليست باقية على عمومها ٠ لاتفاق العلماء على ان هذا الولد - لا يحجب الاخوة من الام - ولا يحجب ولده - ولا يحجب والده الى السدس ٠ فلا يحجب غيرهم - قياسا على الميت ٠ فاذا كان لا يؤثر فى حجب غير الام والزوجين - فلا يحجب الام والزوجين وان المراد بالولد المذكور هو الولد الذى هو أهل للميراث : بدليل انه لما قال تعالى - يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين - اراد به الوارث - ولم يدخل فيهم من قام به مانع من الارث - ولما قال (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت)

....

١) الآيتين ١١ ، ١٢ من سورة النساء ٠

لم يدخل هذا فيهم - واما الاخوة مع الاب . فهم من اهل الميراث . بدليل انه لولا الاب لورثوا : - وانما قدم عليهم غيرهم - ومنعوا مع أهليتهم - لان غيرهم أولى منهم - فامتناع ارثهم لوجود المانع لا لانتفاء المقتضى .

وليس كذلك المحجوب حجب حرمان فانه مع عدم ارثه لحجب غيره له - فانه يحجب غيره وان لم يرث - كالاخوة - فانهم اذا حجبوا - فانهم يحجبون الام - مع انهم محجبون بالاب - وذلك . لان عدم ارثهم - لا لمعنى قام بهم ولا لانتفاء أهليتهم للميراث : وانما مرجع ذلك لتقديم غيرهم عليهم . (١)

ومما تقدم يتضح لنا ان الفرق بين الحرمان والحجب - ان الحرمان توجد فيه أسباب الميراث - ولكن لا تنتفى موانعه . واما الحجب - فانه يوجد فيه سبب التوريث وتنتفى موانعه - ولكن يوجد من هو أولى بالميراث منه . *

ج : اقسام الحجب

والحجب قسمان :

أ - حجب حرمان .

ب - حجب نقصان .

أولا : حجب الحرمان :

وهو منع الوارث من كل ميراثه لوجود آخر اولى منه كالجد مع الاب . فانه لا ميراث له معه .

والورثة بالنسبة لهذا القسم من الحجب - نوعان : نوع - لا يدخل عليه الحجب بحال - وهم الزوجان - والابوان وولد الصلب : لان هؤلاء يدلون الى الميت دون واسطة . فاذا وجد واحد منهم . فلابد من ميراثه حتى ولو وجد معه جميع الورثة . - والنوع الثانى : من يدخل عليه هذا النوع من الحجب - وهم من عدا الاصناف المتقدمة وهؤلاء تحكمهم قاعدتان :

القاعدة الاولى : ان كل من يدلى الى الميت بواسطة فانه يحجب بها سواء اتحد ارثهما كالجد مع الاب - وام الام . مع الام ام لم يتحد . ولكن كانت

....

١) راجع المغنى لابن قدامه . جـ٧ ص ١٩٣ : وانظر احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١٩٣ وما بعدها .

* راجع الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٤٦١ .

تلك الواسطة تستحق جميع التركة : كالاخوة مع الاب . فان الواسطة لما استحقت جميع المال لم يبق لمن أدلي بها شئ : فان لم يتحد السبب وكانت هذه الواسطة لا تستحق جميع التركة لم تحجب هذه الواسطة من أدلى بها : كاولاد الام . مع الام : فانهم يدلون بها ويرثون معها : وذلك لعدم اتحاد السبب . ولان واسطتهم لم تحز جميع التركة .

القاعدة الثانية : (ان الاقرب يحجب الابعد سواء اتحد السبب ام لا كالجدات مع الام . وبنات الابن مع بنات الصلب وابن الابن — مع ابن هو عمه لا ابوه . فان الابن يحجب ابن أخيه لقرب درجته — او لم يتحد كالاخوة مع الاب . (١)

القسم الثاني : حجب النقصان :

وهو نقل الوارث من فرضه الاعلى الى فرضه الادنى لوجود شخص آخر . وهذا تعريف الحنفية ومن اليهم . حيث جعلوا حجب النقصان يدخل على الورثين الذين ينتقلون من فرض أعلى الى فرض ادنى : فهو يدخل عندهم على الزوج حيث ينتقل من — النصف الى الربع عند الولد : وعلى الزوجة عند انتقالها من الربع الى الثمن كذلك : وبنت الابن حيث تنتقل من النصف الى السدس بالبنت الصلبية والاخت لاب : فانها تنتقل من النصف الى السدس بالاخت الشقيقة — والام . فانها تنتقل من الثلث الى السدس بالفرع الوارث مطلقا — وبالعدد من الاخوة — والاخوات من اى جهة .

فاما اصطلاح الشافعية والمالكية ومن اليهم : فقالوا — منع من قام به سبب الارث — من أوفر حظيه . ومقتضى هذا التعريف : فانه يكون شاملا لكل تغيير فى نصيب الوارث من الاكثر الى الاقل سواء اكان الانتقال من فرض مقدر الى فرض مقدر — ام من فرض الى تعصيب . (٢)

....

١) راجع نظام المواريث فى الشريعة الاسلامية على المذاهب الاربعة . ص ١١٦ — ١١٨

٢) مغنى المحتاج ج٣ ص ١١
وانظر احكام التركات والمواريث للشيخ ابو زهرة ص ١٩٣

المبحث السابع

في الرد - العول

وفيه مطلبان

المطلب الاول : في الرد :

تمهيد الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، سنة - وهي النصف - والربع - والثمن - والثلثان - والثلث - والسدس فالنصف ذكره الله تعالى في ثلاثة مواضع :

١) في فريضة البنت الواحدة
٢) والاخت الواحدة الشقيقة او لاب .
٣) الزوج عند عدم الولد .

والربع في موضعين :

١) في فريضة الزوج عند الولد
٢) والزوجة عند عدم الولد .

والثمن في موضع واحد وهو: فريضة الزوجة - وان تعددت عند وجود الولد .

وذكر الله الثلثين في موضعين :

١) في فريضة الاختين لابوين او لاب .
٢) وفي فريضة البنات .

والثلث في موضعين :

١) في فريضة الام عند عدم الولد والاخوة .
٢) وفي فريضة اولاد الام .

والسدس في ثلاثة مواضع:

١) في فريضة الابوين مع الولد
٢) وفي فريضة الام مع الاخوة
٣) وفي فريضة الواحد من اولاد الام .

وقد ذكرت السنة الشريفة السدس في اربعة مواضع :

١) فى فريضة بنت الابن مع البنت
٢) وفى فريضة الاخت لاب مع الشقيقة تكملة الثلثين .
٣) وفى فريضة الجدة الصحيحة . وهى كل جده تدلى بعصبة او صاحبة فرض :
٤) وفى فريضة الجد الصحيح . مع الولد (١)

فاذا اجتمع فى التركة اكثر من فرض . فاما ان تكون الفروض مساوية لاصل المسألة - اى مخرجها - او زائدة عليها او ناقصة عنها . فاذا كانت الفروض مساوية لاصل المسألة . كمن ترك زوجا . واختا شقيقة . فهذه مساوية لان للزوج النصف . وللاخت النصف : او كانت ناقصة . وكان مع اصحاب الفروض عصبة فانها تسمى عادلة .

وان كانت الفروض ناقصة عن اصل المسألة وليس هناك عاصب يستحق الباقى فالمسألة تسمى قاصرة او ناقصة وهنا يكون الرد : كمن ترك بنتين . واما - اذ - للبنتين الثلثان - وللام السدس . ويبقى سدسا .

فاما اذا كانت الفروض اكثر من أصل المسألة : كمن تركت زوجا - واختين شقيقتين . فللزوج النصف وللاختين الثلثان : فالمسألة تسمى عائلة - وهنا يأتى العول : ونتكلم أولا عن الرد . ثم العول . فنقول الرد . يطلق فى اللغة على معان . منها الصرف . يقال رد عنه كيد عدوه - اى صرفه عنه . ومنها الاعادة يقال - رد اليه حقه اذا اعاده اليه :

وفى اصطلاح الفقهاء : هو رد ما تبقى من اصحاب الفروض النسبية عليهم بنسبة فروضهم . عند عدم استحقاق الغير: ويؤخذ من هذا التعريف ان الرد لا يتحقق الا اذا وجدت أمور ثلاثة :

١) وجود صاحب فرض .
٢) بقاء فائض من التركة .
٣) عدم عاصب يحوز الباقى .

ولعدم وجود نص قاطع فى الرد . فقد اختلف الفقهاء فيه . مابين مجيز له مطلقا : ومانع له مطلقا : ومفصل قد توسط بين الجواز والمنع حيث اجاز

....

(١) انظر الشرقاوى على التحرير ج ٢ ص ١٧٢ والمبسوط للسرخسى ج ٢٩ ص ٢٠١

الرد على البعض — ومنعه فى جانب البعض الاخر . وكانت مذاهبهم فيه اربعة مذاهب .

١) المذهب الاول — يرى انه لا رد مطلقا على احد من اصحاب الفروض . بل ما فضل عن اصحابها يكون لبيت المال وهو مذهب زيد بن ثابت رضى الله عنه . وبه قال الامام مالك والامام الشافعى . والاوزاعى .

٢) المذهب الثانى — يقول بالرد مطلقا حتى على الزوجين . وهو مروى عن سيدنا عثمان رضى الله عنه .

٣) المذهب الثالث : القول بالرد على غير الزوجين . والاب والجد من اصحاب الفروض . واليه ذهب جمهور الفقهاء الحنفية — والحنابلة . والمعتمد عند الشافعية .

فاما عدم الرد على الزوجين فلان الرد يستحق بالرحم . ولا رحم بينهما من حيث الزوجيه . واما عدم الرد على الاب والجد . فلان الرد يكون حيث لا عاصب يحوز ما بقى بعد اصحاب الفروض . وهما — وان كانا صاحبى فرض الا انهما من العصبة التى تحوز المال اذا انفردت او ما بقى بعد اصحاب الفروض .

٤) المذهب الرابع : الرد على غير الزوجين والجدة من اصحاب الفروض : وهو قول ابن عباس وهو لا يزيد عن المذهب السابق الا عدم الرد على الجدة .

الادلـــة :

اولا : ادلة اصحاب المذهب الاول :

وقد استدل اصحاب المذهب الاول — القائل بانه لا رد مطلقا بما يلى :—

١) بقوله تعالى : فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك . وان كانت واحدة فلها النصف : ....الخ آيات المواريث (١) . ووجه الدلالة من الآيات : ان الله تعالى قد حدد نصيب كل صاحب فرض بمقدار معين لايزيد عليه ولا ينقص عنه فان زاد عليه او نقص عنه : كان متعديا لحدود الله .

....

١) الايات ١١ — ١٤ — من سورة النساء .

وقد توعد الله الذين يتعدون حدوده بالعذاب المهين والرد زيادة على هذه المقادير : فيكون متوعدا عليه فلا يكون مشروعا : ولو اراده لبينه .

٢) وبقوله صلى الله عليه وسلم : الحقوا الفرائض باهلها : فما بقى فلاولى رجل ذكر : والوجه منه ان الرسول عليه السلام : قد اخبر بان كل صاحب فرض يحصل على حقه . وما بقى بعد ذلك فللعاصب اذا وجد فاذا لم يوجد فمحله بيت المال - لانه مال يصدق عليه انه لا وارث له بعد ان اخذ اصحاب الحقوق حقوقهم . لانه عليه السلام وارث من لا وارث له .

٣) وبقوله عليه السلام أيضا : ان الله اعطى كل ذى حق حقه والوجه منه أن الرسول قد قال هذا القول بعد نزول آيات المواريث : فلا يستحق احد اكثر من حقه .

ثانيا: دليل المذهب الثاني : القائل بالرد على الجميع بما فيهم الزوجين - استدل بما يلى :-

١) بالقياس : حيث قاسوا كلا من الزوجين على بقية اصحاب الفروض الذين يرد عليهم . بجامع أن كلا منهم صاحب فرض فيرد عليه كما يرد على غيره .

٢) وقالوا ان المعقول : ان الفريضة حين تعول فان النقص يدخل على الجميع بنسبة سهامهم بما فيهم الزوجان . فكذلك لو فضل شئ فانه يرد عليهم جميعا لان الغرم بالغنم .

ثالثا : واستدل . اصحاب المذهب الثالث بالرد على غير الزوجين . والاب والجد بما يلى :

١) بقوله تعالى . واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله "(١) . - ووجه الدلالة من الاية ان الله تعالى . قد نص على أن كل قريب اولى بقريبه بسبب الرحم . فالباقى بعد دفع الفروض الى اصحابها يكون لذوى الارحام . وقدم ذوالفروض على غيرهم من ذوى الارحام لقوة قرابتهم . ولان القرآن الكريم قد خصهم فى آيات المواريث باشياء معلومة

....

١) الاية ٧٥ من سورة الانفال .

فعلم ان المخصوصين أولى من غيرهم فيرد عليهم بنسبة فروضهم وبذلك نكون قد عملنا بآيات المواريث • فقد فرض اليهم الفروض بمقتضاها - وعملنا بآية أولى الارحام فنرد عليهم الباقى بنسبة فروضهم • فالرد على ذوى الفروض على هذا مقدم على ميراث ذوى الارحام • (١)

٢) وبقوله عليه السلام من ترك مالا فلورثته • ومن ترك كلا فالى وفى رواية من ترك دينا • فالى ومن ترك مالا فللوارث • ووجه الدلالة من الحديث : انه عام يشمل الارث بالتعصيب والارث بالفرض والارث بالرد •

٣) ما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه انه قال - للرسول عليه السلام اما انه لا يرثنى الا ابنة لى : أفا تصدق بثلثى مالى الخ : فلم ينكر الرسول عليه السلام على سعد ما فهمه من ان ابنته تحوز المال كله - وعدم انكاره عليه السلام - دليل على صحة الرد على ابنته - اذ لو لم تستحق ابنه سعد الزيادة على النصف بالرد • لاجاز له الرسول ان يتصدق - او يوصى - باكثر من الثلث : ومادام لم يجز له الزيادة دل ذلك على أن الرد • مشروع :

رابعا : وقد استدل اصحاب المذهب الرابع القائل • بعدم - الرد على الجدة وهو لا يزيد عن المذهب السابق الا بعدم الرد على الجدة : أستدلوا بقوله عليه السلام : أطعموا الجدات السدس : وهذا نص فلا يزاد عليه : وهذا اقتصار فى مقام البيان فيفيد الحصر •

المناقشة :

١) يقال لاصحاب المذهب الاول المانعين : ان رد الباقى على اصحاب الفروض ليس زيادة على الفرض بغير نص حتى تكون تعديا لحدود الله تعالى - بل هو توريث قضت به آية ذوى الارحام • فهو توريث بسبب آخر وله نظير فى الميراث : فقد يستحق احد الورثة بسببين معا - فيرث بسبب الزوجية ويرث بالقرابة كان يكون ابن عم الزوجة المتوفاة : فيرث الباقى بسبب آخر هو العصوبة •

٢) ويقال الاصحاب المذهب الثانى : القائل بالرد على الزوجين • ان القول بالرد قول استند الى نص • وهو الاية : واولو الارحام الخ •• وعماد التوريث

....

(١) راجع المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٤٧ : واحكام القرآن للقرطبى ص ٥٢٠٦ ط دار الشعب •

النصوص - ولا مجال للرأى فيها - واحد الزوجين ليس رحما للاخر بسبب الزوجية . والاخذ بقاعدة الغرم بالغنم . قول بالرأى فى موضع لا مجال للرأى فيه .

٣) ويقال لابن عباس ردا على ما ذهب اليه من عدم الرد على الجدة - ان استحقاقها فرضها بالحديث لا يمنع استحقاقها الرد عليها - لانها من ذوى الارحام فتدخل فى مدلول الاية السابقة وليس فى ذلك تعد لحدود الله تعالى : المختار

وبالنظر فى المذاهب - وأدلتها ومناقشة ما ورد عليه مناقشة منها يتضح لنا ان القول الاولى بالقبول هو المذهب الثالث . القائل بجواز الرد على غير الزوجين . لان فيه اعمالا للادلة . ولان اصحاب الفروض شاركوا المسلمين فى الاسلام . وترجحوا عليهم بالقرابة فلايصير المال الى بيت المال لانهم احق . واما الزوجان فلا يرد عليهم لعدم شمول الاية لهم :-(١)

استخراج الانصبة

وعلى هذا القول الراجح : تكون طريقة استخراج الانصبة موجزة كما يلى :-

١) اذا كان الوارث من اصحاب الفروض الذين يرد عليهم . فان كان واحدا . فانه يأخذ المال . فرضا - وردا .

٢) وان كان الورثة متعددين وهم من اصحاب الفروض النسبية الذين يرد عليهم ومن صنف واحد : اقتسموا التركة بالتساوى : فلو مات عن اربع بنات - او اربع بنات ابن او اربع اخوات شقيقات : فان لكل واحدة منهن الربع فرضا وردا : لان الثلثين بينهم بالتساوى . والثلث . كذلك ردا عليهم :

٣) واذا كان الورثة متعددين ومن اصحاب الفروض النسبية لكنهم اصناف مختلفة قسمت التركة على مجموع سهامهم : ويجعل بسط السهام اصلا للمسألة ويأخذ كل بقدر سهامه من المجموع - كأن مات الميت عن بنت - وبنت ابن - فان البنت تستحق النصف فرضا . وبنت الابن تستحق السدس فرضا : وبذلك يكون أصل المسألة ٦ - فتأخذ البنت ٣ - وبنت الابن ١ - من ٦ فيكون مجموع السهام المستحقة ٤ فرضا - من ٦ - فتقسم التركة على اربعة ....

١) انظر المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٤٧ . ومحاضرات للشيخ الكشكى فى الميراث المقارن ص ٢٢٠ - ٢٢١ .

التى هى بسط السهام فتأخذ البنت ثلاثة من اربعة وبنت الابن واحدا.

٤) واما اذا كان من اصحاب الفروض احد الزوجين : اى ممن لا يرد عليهم . مع وجود قريب آخر فان الموجود من الزوجين يأخذ نصيبه من أصل التركة . والباقى يعتبر كأنه التركة كلها . ويقسم الباقى أصلا وردا مع ملاحظة نسبته الى التركة الاصلية . فلو مات شخص عن زوجة . وأخ لام - وأم . فان للزوجة الربع - وللاخ لام - السدس : وللام الثلث . فاصل المسالة من ١٢ فتأخذ الزوجة الربع فرضها . ثم يكون الباقى ٩ تقسم على الاخ لام - والام بنسبة نصيب كل منهما - فالاخ نصيبه السدس - اى نصف نصيب الام الذى هو الثلث فتقسم التركة بينهم بنسبة - واحد الى اثنين فيأخذ ابن الام ثلاثة - والام ستة .

المطلب الثاني : العول :

يطلق العول فى اللغة على معان . منها الميل والجور . ومنه قوله تعالى ذلك أدنى ألا تعولوا (١) .

يقول الحطيئة : ثلاثة انفس وثلاث ذود . لقد عال الزمان على عيالى (٢)

ويقال هو عائل . وقوم عيلة - والعيلة الفقر . ومنه قوله تعالى . وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله . وعالنى الشئ يعولنى اذا غلبنى وثقل على . وعال الامر اشتد . وتفاقم . وقال الامام الشافعى فى قوله تعالى " ذلك أدنى الا تعولوا الا تكثر عيالكم . وذكر ابن العربى ان عال لها سبعة معان :

١) يقال عال . اى مال . ٢) زاد ٣) جار ٤) أفتقر

٥) اثقل . ٦) قام بمئونة عياله . ومنه قوله عليه السلام . وابدأ بمن تعول

٧) غلب - ومنه عيل صبره - أى غلب صبره (٣)

وأما فى الاصطلاح : فهو زيادة فى السهام تقتضى نقصا فى الانصباء ولم يقع العول . فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم . ولا فى زمن الخليفة الاول - ابوبكر رضى الله عنه وانما وقع فى زمن عمر رضى الله عنه . حيث عرضت عليه

....

١) الاية ٣: من سورة النساء .

٢) المراد بالذود النوق من الثلاث الى العشرة . والذود منقول من المصدر يقع على الجمع فتضاف العدد اليه . كما يضاف الى الجموع . والمراد ان الشاعر يشكو (من جور الزمان عليه حيث ضلت نوقه التى يتقوت من لبنها هو وعياله .

٣) احكام القرآن للقرطبى ص ١٥٩١ ط دار الشعب .

مسالة فيها زوج ، واختان ، فقال لجمع من الصحابة : ان بدأت بالزوج او بالاختين لم يبق للاخر حقه كاملا : فاشيروا على فاشار عليه بعضهم ، قيل علي ، وقيل زيد بن ثابت ، وقيل العباس ، ولا مانع ان يكون الكل قد أشار عليه لانه طرح الموضوع ، فقالوا فيه قولا متوافقا بالعول :

فهذه أول فريضة عالت في الاسلام : وقد حكم فيها عمر بناء على مشورة الصحابة ولم يخالفه أحد في هذا الحكم : فلما انقضى عهد عمر رضى الله عنه عرضت مسألة على ابن عباس ، وهى - زوج وأخت ، وام ، فقال من شاء باهلته اى ناظرته - ان المسائل لا تعول : ان الذى احصى رمل عالج عددا (موضع بالبادية كثير الرمل) أعدل من أن يجعل فى مال نصفا - ونصفا وثلثا : هذان نصفان ذهبا بالمال فاين موضع الثلث ؟ فسميت هذه المسالة مسألة المباهلة .
ثم قال - وايم الله لوقدموا من قدم الله ، واخروا من أخر الله ما عالت فريضة أبدا فقيل له ، فمن الذى قدمه الله ومن الذى اخره ؟ فقال الذى أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذى قدمه الله ، والذى أهبطه الله من فرض الى مابقى فذلك الذى أخره الله فقيل فمن أول من أعال الفرائض ؟ قال عمر بن الخطاب فقيل له الا أشرت عليه ؟ قال هبته ، وكان امرا مهيبا : وهو يريد بمن أهبطه الله من فرض الى فرض الزوجين ، والام فلكل واحد منهم فرض يحجب عنه الى فرض آخر ويريد بمن أهبطه الله من فرض الى مابقى البنات والاخوات ، فانهن ذوات فرض اذا لم يكن معهن معصب ، فان كان معهن معصب ، ورثوا بالتعصيب : فكان لهم ما بقى قل او كثر ، فكان مذهبه ان الفروض اذا ازدحمت رد النقص على البنات والاخوات .(١) .

وقد استدل لما ذهب اليه ابن عباس ، ومن معه ، بما يلى :-

١) أن الظاهر من الايات الفروض الكاملة ، فيعطى كل ذى حق حقه متى امكن ، والا ادخل النقص على البنات ، والاخوات : لانتقالهن الى التعصيب فيكن كالعاصب فى جواز النقص .

٢) ان الاخوة الذكور ياخذون الباقى ، فالبنات والاخوات ، أولى باخذ الباقى منهم ، لان الذكور اقوى منهن .

....

١) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٢٥ - ٢٦

٣) أنه اذا تعلقت بالتركة حقوق لا تفى التركة بها • قدم منها الاقوى فالاقوى كالتجهيز والدين والوصية • والارث فكذلك اذا ضاقت عن الفروض • فيقدم الاقوى فالاقوى •

فاما غير ابن عباس من الصحابة والتابعين وتابعيهم والائمة الاربعة وغيرهم — فقالوا بالعول ودليلهم على ما ذهبوا اليه مايلى :—

١) أن القرآن الكريم قد ذكر النصوص الدالة على المواريث مطلقة غير مقيدة فاى شئ يقتضى تقديم بعضها على بعض فتقديم بعضها بدون دليل على البعض الاخر ترجيح بلا مرجح •

٢) وكذلك ورد ذكرهم فى السنة المطهرة : كما فى قوله صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض باهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر : فلم يخص الرسول بعضهم بشئ دون البعض الاخر • حتى نقول بتقديم بعضهم على بعض • فليس واحد منهم باولى من اكمال نصيبه او بادخال النقص عليه دون الاخر •

٣) الاجماع الذى انعقد • على العمل به عندما طرح عمر المسالة السابقة واستشار الصحابة فاشاروا عليه به • ولم ينكر عليه منكر فكان اجماعا :

ولا يقال — ان هذا الاجماع لا يعتد به لان ابن عباس قد خالف فيه • فان قيل ذلك قلنا لا مخالفة وانما اظهر ابن عباس رأيه بعد وفاة عمر : بدليل ماقاله له • عطاء ابن ابى رباح : ان هذا لا يغنى عنى • ولا عنك شيئا لومت او مت لقسم ميراثنا على ما عليه الناس الان • فهذا يدل على ان عطاء نفسه قد فهم انه لا اثر لمخالفة ابن عباس فى هذا الاجماع •

الترجيح والمختار :

والراجح ما ذهب اليه الجمهور وعامة العلماء : لقوة دليلهم كما ترى : ولان الفروض قدرة متساوية فى الوجوب • فاذا ضاق الاصل عن جميعها قسمت التركة على قدرها : ولهذا نظير فى الشريعة فان مال المفلس • وكذا مال الميت يقسم بين الغرماء بالحصص اذا عجز عن وفائهم • وكما تقسم الثلث بين ارباب الوصايا اذا ضاق عن ابقائها جميعها • (١)

....

١) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٢٥ — الشرح الكبير للدردير وحاشيته الدسوقى عليه جـ ٤ ص ٤٧١

وعلاوة على ذلك فانه يمكن ان يقال . لابن عباس رضى الله عنهما في قوله لوقدموا من قدم الله . واخروا من اخر الله . ما عالت فريضة قط : ان اريد بالتقديم - التقديم فى اللفظ . فالبنات مقدمات فيه . وان اريد به التقديم فى الحكم : فلا نسلمه لتساوى الكل حكما .

وكذلك يلزم على قوله فى مسألة . فيها زوج وأم - واخوان من أم . فانه ان حجب الام الى السدس فقد خالف مذهبه لانه يحجبها بثلاثة لا باثنين وان نقص الاخوين من الام فقد دخل النقص على من لم يهبط الله من فرض الى ما بقى . وان أعالها رجع الى الجماعة .(١) .

لذا كان قول عامة الفقهاء أولى بالقبول .

....

....

١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٢٧ .

المبحث الثامن

ميراث ذوى الارحام

والكلام فى ميراث ذوى الارحام يتنـــاول ثلاث نواح :

أ - الناحية الاولى : تعريفهم .

ب - الناحية الثانية : آراء الفقهاء فى توريثهم

ج - الناحية الثالثة : فى كيفية توريثهم

أ - الناحيــــة الاولـــــى

فى تعريفهم : وذو الارحام جمع مفرده ذو رحم - ويطلق فى اللغـــة - على موضع تكوين الولد . ثم سميت به القرابـة مطلقا [١] سواء اكان مـــن الاصول - اوالفروع - اوالحواشى : اى سواء اكان من اصحاب الفروض او مـــن العصبات : واما فى اصطلاح الفرضين . فهم كل قريب ليس صاحب فـــرض ولا عصبيـة [٢] وهذا التعريف يشتمل على اربعة اصناف :

أ - الاول : من ينسب الى الميت . وهـــم :

١) أولاد البنات وان نزلوا ذكورا كانوا أم اناثا .

٢) أولا بنات الابن - كذلك .

ب - الثاني : من ينتسب اليه الميت . وهم :

١) الجد غير الصحيح - وهو الذى تتوسط بينه وبين الميت أنثى كأب الام وأب أب امه .

٢) الجدة غير الصحيحة وان علت . كأم أب أمه وأم أم أب أمه .

ج الثالث : من ينتسب الى أبوى الميت وهم :

١) أولاد الاخوات الشقيقات اولاب اولام - سواء اكـــان هؤلاء الاولاد ذكورا ام أناثا .

٢) بنات الاخوة الاشقاء . أولاب - اولام : وبنات أبنائهم : وان نزلـــوا .

....

١) المصباح المنير باب الراء والحاء وما يثلثهما .

٢) حاشية الشرقاوى على التحرير جـ٢ ص ١٦٩ والمغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٨٢

٣) ابناء الاخوة لام .

د - الصنف الرابع : من ينتسب الى جدى الميت من جهة أبيه او امه - اوالى جدتيه كذلك . وهم اجمالا ثلاثة أنواع :-

١) العمات مطلقا سواء كن شقيقات لابيه او اخوات له من الاب او الام .

٢) الاعمام لام .

٣) الاخوال والخالات مطلقا سواء أكانوا اشقاء ولامه - او أخوة لها من الاب . والام .

أ - الناحية الثانية : اراء الفقهاء في ميراث ذوى الارحام

اتفق الفقهاء على انه اذا كان هناك فروض تستوعب التركة . أولا تستوعبها ولكن هناك عاصب يحوز الباقى فليس لذوى الارحام شئ : فاما اذا كان هناك فروض لا تستوعب التركة ولا يرد على اصحابها كاحد الزوجين . ولا عاصب يحوز الباقى - او ليس هناك صاحب فرض ولا عاصب أصلا فقد اختلف الفقهاء فى توريث ذوى الارحام على مذهبين :

١) المذهب الاول : يقول بتوريثهم : واليه ذهب على بن ابى طالب وعمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود : ومن أئمة المذاهب - الحنفية والحنابلة والمتأخرون من الشافعية والمالكية .

٢) المذهب الثانى : يرى عدم توريثهم : ويقول ان المال يصير الى بيت المال واليه ذهب متقدموا الشافعية والمالكية : وهو مذهب زيد بن ثابت رضى الله عنه .

الادلـــة : ولكل من المذهبين دليله .

أولا : أدلة اصحاب المذهب الاول : المجوزون : استدلوا بالكتاب والسنة - والمعقول

أ - فمن الكتاب - قوله تعالى : واولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله - ولبيان وجه الدلالة من النص الكريم نقول - ان التوريث كان فى ابتداء الاسلام بالحلف . فقد كان الرجل يقول للرجل دمى دمك ومالى مالك . تنصرنى وانصرك وترثنى . وارثك ويعقدان بينهما حلفا على ذلك فيتوارثان به .

دون القرابة ، ذلك قوله تعالى - والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ، كما كان التوارث - بالاسلام والهجرة فاذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله تعالى ، والذين أمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا (١) ثم نسخ ذلك بقوله تعالى ، وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ، فدل ذلك على أنها عامة فى كل قريب سواء أكان صاحب فرض ، أم عصبة ، أم غيرهما - فلما بين الله تعالى انصبة اصحاب الفروض فى آيات المواريث - التى تبدأ بقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم الخ وجعل النبى الكريم مابقى بعد اصحاب الفروض لاولى رجل ذكر ، وبقى العموم فى حق من عداهم بمقتضى الاية التى معنا ،

٢) وبقوله تعالى - للرجال نصيب مما ترك الوالدان ، والاقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا : ووجه الدلالة أن لفظ الرجال - والنساء - والاقربون - عام يشمل جميع من ذكر بما فيهم أولوا الارحام - وليس هناك ما يخصص هذا النص الكريم بغيرهم ، (٢) او يخرجهم منه ،

٣) واما من السنة قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ، وانا وارث من لا وارث له أعقل عنه وارثه ، والخال وارث من لا وارث له ، يعقل عنه ويرثه ، رواه احمد ابو داود ، وابن ماجه فقد دل الحديث على ان من ليس له وارث صاحب فرض ، ولا عاصب ، ان ميراثه لذوى رحمه ، فاذا لم يكن له ذو أرحام ، كان ميراثه لبيت المال :

٤) وعن عائشة رضى الله عنها ، أن مولى للنبى صلى الله عليه وسلم خر من عذق نخله فمات فاتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال له من نسب او رحم ؟ قالوا لا : قال أعطوا ميراثه بعض أهل قريته فالحديث صريح الدلالة على أن ذوى الارحام يرثون اذا فقد المقدمون عليهم ، (٣)

واما المعقول : فقالوا ان ذوى الارحام - اذا لم ياخذوا الميراث فانه يكون لبيت

....

١) أنظر نيل الاوطار ج ٦ ص ٦٢ - ٦٣ والمغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٨٣ - ٨٤
٢) نيل الاوطار ج ٦ ص ٦٢ - ٦٣
٣) المرجع السابق ،

المال - أى لجماعة المسلمين • ونحن حين نوازن بين ذوى الارحام - وبيت المال - نجد ان ذوى الارحام أولى واحق لانهم ساووا المسلمين في الاسلام وزادوا عليهم بالقرابة فيكونون أولى من جماعة المسلمين او بيت المال (١) .

ثانيا : أدلة اصحاب المذهب الثانى - وقد استدل المانعون بما يلى من الكتاب والسنة :-

أ - أما الكتاب فبقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله • وبقوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون • وللنساء نصيب من ترك الوالدان والاقربون • ووجه الدلالة ان الآيتين تدلان على أن الميراث للارحام والاقربين اجمالا من غير تفصيل للمستحقين وانصبائهم :- وقد تولى الله سبحانه وتعالى : تفصيل هذا الاجمال فى آيات المواريث • فلاتدلان بعمومهما على معنى جديد لان العام اذا التقى مع الخاص فى موضوع واحد حمل عليه لانه يكون كالمجمل بالنسبة لما بينه • (٢)

وعلى ذلك فاذا لم يوجد من يستحق التركة بمقتضى أيات المواريث كانت تركة بلا وارث فتكون لبيت المال •

ب - واما من السنة • فقوله صلى الله عليه وسلم : (سألت الله عز وجل عن ميراث العمة والخالة فسار فى أن لا ميراث لهما • (٣) فهذا الحديث نص فى ان ذوى الارحام لا يرثون • واذا كان الامر كذلك كان المال بلا وارث فيكون لبيت المال •

جـ - واما المعقول • فقالوا - ان كلا من العمة • وابنة الاخ لا ترث مع أخيها • فلا ترث منفردة لان انضمامه اليها • يقويها • واذا كانت لا ترث حال قوتها فلان لا ترث حال ضعفها • وهى حالة انفرادهما من باب أولى :-

....

١) راجع المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٨٥

٢) انظر احكام التركات والمواريث للشيخ محمد ابو زهرة •

٣) نيل الاوطار جـ ٦ ص ٦٣

المناقشـــــة :

أولا : مناقشة أدلة المذهب الاول - يمكن ان يرد على وجه استدلالهم بالايتين :

أ - أنهما عامتان خصصتهما الايات التى فصلت الفروض • وبينت اصحابهـــا او جعلتان بينتهما آيات المواريث •

ب- كما ان هذه العمومات محتملة • وبعضهـا منسوخ : والدليـل اذا احتمل يسقط به الاستدلال وكذلك المنسوخ •

ج - ويرد على استدلالهم بالسنة - ان الحديث الاول • قد أعله البيهقـــى بالاضطراب (١)

ثانيا : مناقشــة وجه استدلال المذهب الثانى :

أ- يناقش استدلالهم بالايتين اللتين استدل بهما الجمهور : أنه لا يصـــح ان يراد بأولى الارحام اصحاب الفروض والعصبات : خاصة لان الايـــة تشمل جميع الاقارب حيث لم يخص فيها نوع دون نوع وقد نزلـــت لنسخ التوارث بالموالاة الذى كان موجودا فى ابتداء الاسلام : وتقديـم ذوى الارحـام عليهم : فالاقارب مطلقا يستحقون الميراث بالوصف العام وهو القرابة والرحم • اذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب : وقـــد بين الله فى آيات المواريث • ميراث ذوى الفروض والعصبات بالوصـــف الخاص من أبوة وامومة وبنوة وغيرها : فيبقـى الارث لذوى الارحـــام بالوصف العام • وهو القرابـة وبذلك يكون ارثهم ثابتا بالكتاب • (٢)

ب- كما يناقش استدلالهم بالحديث • بانه مرسل • وحتى على فرض التسليم باتصاله فانه يحمـل على ما قبـل نزول الاية (واولوا الارحام بعضهم أولـــى ببعض) أو ان يحمل على أن العمة والخالـــة لا ميراث لهما مـــع العصبات • ولا مع ذى فرض نسبى يرد عليه • لان الرد على ذوى الفروض النسبية مقدم على توريث ذوى الارحـــام •

ج - ويناقش استدلالهم بالمعقول بان عدم ميراث العمة • وابنة الاخ مـــع اخويهما لانهما أقوى منهما • فيستقلان بالميراث : لان كلا من العمـــة

....

١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٦٣

٢) محاضرات فى الميراث المقارن للشيخ الكشكى ص ٢٢٦ - ٢٢٧ •

وابنة الاخ ليست بذات فرض حتى تصير عصبة بأخيها فترث معه : ولكن عند عدم ذى الفرض النسبى • والعصبة فانها ترث بالوصف العام •

المختـــار :

مما سبق من الادلـــة • ومناقشتها يتضح لنا - ان المختار هو ما ذهب اليه الجمهور : القائلون بتوريثهم لانهم اشتركوا مع المسلمين فى وصف الاسلام • وزادوا عليه القرابـة • وكون آيات المواريث بينت نصيب بعضهم وحددت هذا البعض فذلـــك لا يقتضى عدم بقاء دلالـة الاية عليهم • ودعوى احتمال الدليـــــل العام لاجل العموم لا يقدح فيه • والا استلزم ذلك ابطال الاستدلال بكل دليـل عام • وهو باطـل (١) ولان صاحب السببين مقدم على صاحب السبب الواحــــد لانه أقوى منه كالاخ الشقيق بالنسبة للاخ للاب •

الناحيـــة الثالثـــة

كيفيـة توريثهـــم

اتفق القائلون بتوريث ذوى الارحـام على ان توريثهم بعد اصحاب الفـــروض والعصبات • والرد على ذوى الفروض غير الزوجين - اذ ان كل من قال بتوريثهـــم قال بالرد على ذوى الفروض غير الزوجين ومن منع من توريثهـم منع من الـــرد وجعل المال الى بيت المال •

واتفـق القائلون بالتوريث على انه اذا انفرد ذو الرحـم من اى صنف • فانـه يأخذ المال كله ذكرا كان اوانثى أو يأخذ الباقى بعد فرض احد الزوجيـــن اذا وجد معه • (٢)

فاما اذا اجتمـع متعدد من صنف واحد • أو اجتمـع اكثر من صنف واحـد فقد افترق هؤلاء القائلون بالتوريـث الى ثلاث فرق (٣)

الفرق الاولـى : أهل الرحم • وسموا بذلك لان طريقتهم فى توريثهم أنهم يسوون بين الاقرب والابعد والذكر والانثى : ويجعلون أصناف الارحـام الاربعـــة

....

١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٦٣

٢) راجع المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٨٨

٣) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٤

كأنهم صنف واحد لم تختلف فى قوة السبب وقرب الدرجة • ولا فى الذكورة والانوثة • يرث افرادهم بالتساوى من غير نظر الى قرب الدرجة ولا قوة القرابة • ولا الى من يدلون به • وقد اندثرت هذه الفرقة وترك العمل بطريقتها (١).

الفرقة الثانية : أهل التنزيل : وقد سموا بذلك • لان طريقتهم فى توريثهم أنهم ينزلون ذا الرحم منزلة من يدلى به الى الميت • فيجعلون الخال بمنزلة الام – والعمة بمنزلة الاب : فان بعدوا نزلوا درجة درجة الى ان يصلوا من يدلون به فيأخذون ميراثه • فاصناف ذوى الارحام عندهم اربعة ولكنهم لا يلتزمون الترتيب بينها فلا يقدمون صنفا على آخر • بل يصح ان يرث اكثر من صنف عند اجتماعهم • وانما يختلف ميراثهم • باختلاف من يدلون به • فذو الرحم يرث ميراث من يدلى به حيث نزل منزلته • وهذه الطريقة هى الراجحة لدى المتأخرين من الشافعية والمالكية •

الفرقة الثالثة : وسموا بذلك • لان طريقتهم فى توريثهم أنهم يقدمون الاقرب – أما بقوة السبب • كالبنوة • والابوة • والاخوة او بقوة الدرجة – كالادلاء – بواسطة او بواسطتين • او بقوة القرابة كمن كان لابوين اوالاب • كما فى العصبات • فهم يلتزمون الترتيب بينها بحسب قوة السبب اذا اجتمعت فيقدمون الاول على الثانى • والثانى على الثالث • والثالث على الرابع فلا يرث عند اجتماعهم الاصنف واحد • وكذلك يرثون افراد الصنف الواحد حسب القرب فى الدرجة • أو قوة القرابة فعندهم يحجب الاقرب الا بعد (٢) ونورد مثالا توضيحا للطرق الثلاث • فلو مات الميت عن بنت بنت وابن بنت بنت • وبنت بنت ابن • فعلى طريقة أهل الرحم يكون المال بينهم أثلاثا : لانهم يورثون القرابة وهم جميعا فيها سواء •

وعلى الطريقة الثانية • طريقة أهل التنزيل • يكون نصف المال لبنت بنت الابن لانها تدلى الى الميت بذكر وللذكر مثل حظ الانثيين • ولكل من بنت البنت • وابن بنت البنت ربعة لان كلا منهما يدلى الى الميت بانثى •

....

١) المرجع السابق

٢) انظر حاشية الباجورى على ابن قاسم ج ٢ ص ٨٢ وحاشية بن عابدين ج ٥ ص ٢٣ ٥

وعلى الطريقة الثالثة - طريقة أهل القرابة يكون المال كله لبنت البنت لانها أقرب الى الميت حيث أنها تدلى الى الميت بواسطة واحدة . والآخران يدلى كل منهما اليه بواسطتين مع الاتحاد فى السبب والجهة .

توجيه كل طريقة :

ولكل من هذه الطرق الثلاثة توجيه لما ذهب اليه .

أ - توجيه اصحاب الطريقة الاولى - لطريقتهم . قالوا - ان ذوي الارحام يستحقون الميراث بالوصف العام . وهو الرحم : وذلك ثابت بقوله تعالى . واولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله . والاقرب والابعد . والذكر والانثى فى هذا الوصف سواء فلا داعى لتقديم بعضهم على بعض .

ب - توجيه اصحاب الطريقة الثانية . واما أهل التنزيل فقد استندوا الى ما افتى به عبدالله بن مسعود فى أبنة ابنه . وابنة أخت . ان للمال بينهما نصفان . فانه نزل بنت البنت بمنزلة البنت . وبنت الاخت منزلة الاخت : وقالوا ان سبب الاستحقاق لا مجال لاثباته بالرأى . ولا نص هنا من كتاب او سنة او اجماع فلا طريق الاقامة المدلى مقام المدلى به ليثبت له الاستحقاق الذى كان ثابتا للمدلى به فتصيب كل فرع ينتقل الى فرعه . ويؤيد ذلك أن كل من كان منهم ولدا لصاحب فرض او لعاصب كان اولى ممن ليس كذلك وليس ذلك الا باعتبار المدلى به .

جـ - توجيه الفرقة الثالثة . واما أهل القرابة . فقد قالوا ان استحقاق ذوى الارحام باعتبار معنى العصوبة وفى حقيقة العصوبة يقدم تارة بقوة السبب . ولذا قدمت البنوة على الابوة . وتارة بقرب الدرجة . ولذا قدم الابن على ابن الابن : او بقوة القرابة . ولذا قدم :

من كان الابوين على من كان لاحدهما فكذلك . ما هو فى معنى العصوبة . فيثبت التقديم بالقرب . فيقدم ولد البنت على ولد بنت البنت لانه أقرب درجة . وعند الاستواء فى الدرجة يقدم الاقوى سببا . فيقدم ولد البنت على ولد الاخت لانه اقوى سببا : وانني اختار الطريقة

التى سلكهـا أهل القرابـة - لان ذوى الارحـام يدلوم بالقرابـة لا بانفسهـم فتعتبـر جهة القرابـة : والقرابـة مختلفـة . فكيـف تسـوى بينهم ؟

هذا بالنسبة للطريقـة الاولى : وعلى طريقة أهل التنزيـل . فان القـول بها قد يؤدى الى محظور . هو حرمان الانسان من الميـراث بمعنى فى غيـره كأن يكون من أدلى به كافرا أو رقيقـا فيتحمل المدلـى وزر هذا الحرمـان بوصف قام بغيـره . وهذا لا يجوز فى الميراث . وفى غيـره . وقد قال تعالـى ولا تزر وازة وزر أخـرى (١)

....

١) المبسوط للسرخسى ج ٣٠ ص ٥ . وقد أخذ قانون المواريث بهذه الطريقـة .

((الخاتمــــة))

وتشتمــــل علـــى :

أ – ملكيــة المعدن والدفين فى الملك العام والخاص

ب – ثم نتيجـة البحــث .

ملكيـــة المعدن – والدفيـن في الملك العـــام

أولا – ملكية المعدن في الملك العـــام

تمهيـــــد :

تعريف المعدن والكنز والركـــاز .

أ – عند أهل اللغــة : المعدن فى اللغة يقال عدن بالمكان عدنا . وعدونـــا من باب ضرب . وقعـد : = أقام = ومنه جنات عدن – أى جنات أقامـــــة – واسم المكان معدن مثال مجلس . لان أهلـه يقيمون عليـه الصيــــف والشتـــاء : اولان الجوهر الذى خلقـه الله فيه . عدن به : قال فـــى مختصر العين . معدن كل شئ حيث يكون أصلـه . وعدنت الأبـل تعـدن . أقامت لترعى . الحمص . وعدن بفتحتين . بلد باليمن مشتق من ذلك (١) .

– تعريف الكنز : فى اللغة يقال – كنزت المال كنزا من باب ضرب – جمعته وادخرتـه . والكنز : المال المدفون تسمية بالمصدر : والجمع كنـــوز مثل فلس . وفلوس . (٢)

– تعريف الركـاز فى اللغة : الركاز هو المال المدفـون فى الجاهليـــة فعال بمعنى مفعول كالبساط بمعنى المبسوط والكتاب بمعنى المكتـوب : يقال هو المعدن (٣)

ب – التعريف عند الفقهـــاء :

١) عرف المالكيـة المعدن – فقالوا هو ما جعلـه اللـه فى الارض يتكـــون فيها كما ينبت الزرع .

....

١) المصباح المنير جـ ٢ ص ٢٤ مادة عدن – ٢

٢) مادة كنز : المرجع السابق .

٣) مادة ركز : المرجع السابق .

وقالوا - ان الكنز - هو دفن الجاهلية - والاسلام
وقالوا - ان الركاز - يطلق على دفن الجاهلية . خاصة: (١)

٢) وعرف الشافعية المعدن : فقالوا - هو ما خلقه الله فى الارض : يقول النووى (ثم الاموال الكامنة فى الارض اما مخلوقة - فيها - وهى المعدن :) كالذهب والفضة والحديد والرصاص - وما اليه كالكبريت والزئبق والنفط .(٢) . وقالوا - ان الكنز - هو دفن الجاهلية - والاسلام :- والركاز - دفن الجاهلية خاصة .

٣) وعرف الحنفية المعدن : فقالوا - هو اسم لما خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلقها .وقالوا - ان الكنز - اسم لما دفنه بنو آدم :- والركاز يطلق فيشملهما جميعا .(٣)

٤) وعرف الحنابلة المعدن :فقالوا - هو كل ما تولد من الارض من غير جنسها وليس نباتا . ويفهم من كلامهم - ان الكنز مرادف للركاز : والركاز هو المدفون فى الارض . ومقتضى هذا انه يشمل دفن الجاهلية والاسلام .(٤)

المطلب الاول

ملكية المعدن - والدفين فى الملك العام

أولا :ملكية المعدن فى الملك العام :

أختلف الفقهاء فيمن تكون له ملكية المعدن فى الملك العام :- وكان خلافهم على اربعة أقوال :

١) القول الاول : يرى ان المعدن فى الملك العام - لواجده مطلقا - اى سواء أكان ظاهرا أم باطنا : واليه ذهب الحنفية والظاهرية (٥) .

....

١) راجع الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جا ص ٤٨٦ - ٨٩ - والقرطبى ج٣ ص ٣٢١ - ٣٢٢ .
٢) راجع المجموع للنووى ج٦ ص ٨٨ - ٩١ : ومغنى المحتاج جا ص ٣٢٤ ط مصطفى محمد
٣) الهداية جا ص ٧٧ ط مصطفى الباب الحلى .
٤) الشرح الكبير لابن قدامه المقدس ج٢ ص ٥٩٠ - ٥٩٤ ط منار
٥) الهداية جا ص ٧٧ - فتح القدير جا ص ٥٣٨ - المحلى لابن حزم جا ص ١١٧ ج٨ ص ٢٣٣ .

٢) القول الثاني : يرى - ان المعدن الظاهر ظهور الماء والكلأ - في الملك العام - لا يجرى عليه ملك لاحد : والناس فيه سواء : فاما اذا كان باطنا - ومقياس الظهور وعدمه - ان الباطن ما يحتاج الى عمل وجهد لاظهاره • والظاهر ما ليس كذلك - فانه يكون لواجده - واليه ذهب الحنابلة - وهو قول لدى الشافعيه (١) •

٣) القول الثالث : يرى ان المعدن في الملك العام - ظاهرا - وباطنا - يكون مملوكا ملكية عامة • فهو للناس جميعا : وهو قول للشافعية ورواية لدى الحنابلة •

٤) القول الرابع : يرى ان المعدن في الملك العام - امره الى الامام فهو مملوك للدولة • وللامام ان يتصرف فيه بما يرى انه مصلحة عامة واليه ذهب المالكية • (٢)

الادلـــــة :

أولا : دليل - القول الاول - القائل - ان المعدن لواجده مطلقا : قالوا - ان الارض التى وجد فيها المعدن مباحة فيكون المعدن مباحا - اذ لا يد لاحد عليه حتى يكون واجده متعديا باخذه (٣) - ويرد هذا الدليل : بان اباحة الارض لا تستلزم اباحة المعدن لانه ليس من جنسها : على ان القول باباحة الارض قول قد سبق لنا رده • وقلنا ان الموات والصحروات مملوكة للدولة •

ثانيا : دليل القول الثاني : - المفصل بين ما اذا كان المعدن - ظاهرا وباطنا - استدل بما يلي :-

١) بما روى ان أبيض بن جمال : استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم - الملح الذى بمأرب (مأرب كمنزل • موضع ملحة باليمن) فقطعه له : فلما ولى - قيل يارسول الله اتدرى ما اقطعت له ؟ انما اقطعته الماء العد قال فرجعه منه (والعد الدائم الذى لا ينقطع شبه الملح بالماء لعد لعدم انقطاعه وحصوله بغير عناء وكد :

....

١) المغني لابن قدامه جـ ٦ ص ١٥٧ ، ٣٧٢ : الام للامام الشافعى جـ٢ ص ٣٦٦ - المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٢ •
٢) الشرح الكبير للدردير جـ١ ص ٤٨٦ - ٤٨٧
٣) للهداية جـ ١ ص ٧٧ • وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠ •

وقد رد هذا الخبر من وجهين :

الوجه الاول : من ناحية سنده فقد ضعفه ابن القطان يقول الشوكانى ولعل وجه التضعيف كونه فى اسناده المازنى • قال ابن عدى احاديثه مظلمة منكرة (١).

الوجه الثانى : انه على فرض سلامته من ناحية السند • وصلاحيته للاحتجاج به ـ فان هذا الملح كان مملوكا للدولة تباشر عليه سلطان المالك ولذا فحين علم الرسول عليه السلام انه سيترتب على اقطاعه لن تضييق على الناس • وان ما سيحصل عليه من المنفعة لا يوازى العمل الذى سيبذل فيه اذ هو مستمر فى العطاء استمرار الماء العد الدائم الذى لا يتعب فيه طالبه • حين علم ذلك استرده منه •

٢) بعموم قوله صلى الله عليه وسلم من سبق الى ما لم يسبق اليه غيره فهو له والوجه منه ـ ان المعدن الظاهر لايد لاحد عليه فيكون لمن يسبق اليه (٢) ورد ذلك بان هذا العموم • مقيد • بعدم احداث ضرر لاحد • لقوله عليه السلام لا ضرر ولاضرار • ولا شك ان المعدن ـ وقد عرفت مكانته الاقتصادية اليوم • لو قيل باباحته لتدافع الناس عليه وتزاحموا وفى هذا من الضرر مافيه والذى ينبغى معه ان تكون ادارته موكولة للدولة ترعاه وتنظم شئونه •

٣) واستدلوا على الشق الاخر من الدعوى : وهى ان المعدن اذا كان باطنا فانه يكون لواجده • بالقياس • حيث قاسوا المعدن الباطن ـ على الموات • فكما ان المحى يملك الارض بالعمل فيها وتمهيدها وجعلها صالحة للزراعة فكذلك المعدن الباطن • فانه يملك بالعمل والاستخراج وجعله صالحا للاستغلال • (٣) ورد هذا القياس ـ بانه قياس فى مقابلة النص فلا يقبل ـ وذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم • هو الذى كان يباشر سلطانه على هذه المعادن ظاهرة • وباطنة • فلا تملك الا اذا ملكها • فقد اقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم :

....

١) نيل الاوطار جـ٥ ص ٣١٠

٢) نيل الاوطار ـ جـ٥ ص ٣٠٢ ـ والروضة البهية جـ ٢ ص ٢٦

٣) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٥٧ ـ مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٢ •

بلال بن الحارث المزني معادن القبلية جلسيها وغوريها • وحيث يصلح الزرع – من قدس • ولم يعطه حق مسلم (١) فلو كان مثل هذا المعدن بالاماكن الجبلية • والبعيدة للناس عامة لكان بلال في غير حاجة الى ان يستأذن الرسول عليه السلام فيأذن له ويكتب له به كتابا – احتفظ به احفاد بلال بن الحارث حتى جاءوا به عمر بن عبد العزيز في شأن هذه المعادن (٢) •

ثالثا : واستدل اصحاب القول الثالث – القائل بان المعادن للناس جميعا ظاهرة • وباطنة بما يلي :–

١) بحديث – ابيض بن حمال – وقد مر ذكره ووجه الدلالة منه •

٢) بقياس عكسي • بيانه – ان العمل في المعدن تخريب • واحياء الموات تعمير • فاذا كان الموات يملك بالتعمير : اقتضى ذلك أن لا يملك المعدن بالتخريب (٣)

وقد رد هذا الاستدلال بما يلي :–

١) بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد اذن لبعض الناس ومنع بعضهم فدل ذلك على انه ليس للناس جميعا : فهو تحت سلطان الامام – الممثل للدولة يتصرف فيه حسب ما تمليه المصلحة العامة •

٢) ورد قياس العكس بالاعتراض على مقدمته الاولى – بانها غير مسلمة فمن ذا الذي يقول بان العمل في المعدن تخريب • وهو الذي تزدهر به الصحراء وتدب بسببه الحياة فيها • فيدخل اليها الناس عاملين ومستقرين • وهذا مشاهد محسوس فلا مجال لانكاره •

رابعا : واستدل اصحاب القول الرابع – القائل – بان امر المعدن موكول الى الدولة فهو من املاكها : بما يلي :–

١) بما روى عن ابيض بن حمال : حيث كان التصرف فيه للرسول عليه السلام – اذنا – ومنعا •

....

١) نيل الاوطار جـ٥ ص ٣١٠ : القبلية منسوبة الى قبل بفتح القاف والموحدة وهي – ناحية من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام جلسيها وغوريها يعني مرتفعها ومنخفضها • وقدس اسم جبل في نجد

٢) انظر الاموال لابي عبيد القاسم بن سلام ص ٤٧٠

٣) قياس العكس هو اثبات نقيض حكم معلوم في معلوم آخر لوجود نقيض علته فيه مذكرة أصول الفقه للدكتور محمد زهير ابو النور ص ١٢

٢) بما روى - من اقطاعه عليه السلام لبلال بن الحارث . معادن - القبلية وجلسيها . وغوريها . واعطائه بذلك كتابا .

٣) ان المعدن . قد يجده اشرارا الناس . فاذا ترك لهم ادى الى الفتنة والهرج اللذين لا تقرهما الشريعة (١)

والمختار: وبالنظر فى الادلة التى ساقها كل قول تأييدا لما قاله . ومناقشة ما وردت عليه المناقشة .

نرى ان القول الرابع - القائل . بانه ملك الدولة . ولها سلطانها الكامل عليه هو أولى بالقبول . لانه لا يخفى على أحد المكانة المهمة التى تبوأها المعدن فى الحياة الاقتصادية اليوم - وتركه للناس يؤدى الى فساد ما بعده فساد .

ثانيا- ملكية الدفين فى الملك العام

الدفين اما ان يكون جاهليا او اسلاميا :

أ - الدفين الجاهلى فى الملك العام

والدفين الجاهلى - هو ما ليس اسلاميا : بأن لم تكن عليه نقوش اوعلامات تدل على انه من فعل مسلم : وقد اتفق الفقهاء - على ان الدفين الجاهلى فى الملك العام لواجده - وذلك لما يأتى :-

أ - ما روى ابوعبيد . فى كتابه الاموال - فى شأن المال المدفون يجده انسان فيكون . له اربعة أخماسه وخمسه لبيت المال : وأمره الى الامام : قال حدثنا هشيم قال اخبرنا مجالد عن الشعبى - ان رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجا عن المدينة . فاتى بها عمر بن الخطاب . فاخذ منها الخمس . مائتى دينار . ودفع الى الرجل بقيتها - وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضر من المسلمين الى ان فضل منها فضلة . فقال عمر اين صاحب الدنانير؟ . فقام اليه . فقال له عمر خذ هذه الدنانير . فهى لك : فقد دل هذا الخبر على ان المال كان فى ملك عام - بدليل ان الرجل قد وجده خارج المدينة . وأتى به عمر . ولو كان فى ملك احد معين لاعطاها عمر له

....

١) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ ١ ص ٤٨٧

او لحفظه حتى يستدعيه ليأخذه ٠

ب ـ وقال حدثنا سفيان بن عينيه عن اسماعيل بن ابى خالد عن الشعبى ٠ ان عليا أتى برجل وجد في خربه الفا وخمسمائة درهم بالسواد: فقال على لاقضين ٠ فيها قضاء بينا : ان كنت وجدتها فى قرية خربة تحمل خراجها قرية عامرة ٠ فهى لهم : وان كانت لا تحمل ٠ فلك اربعة اخماسه ٠ ولنا خمسة (١)
فقد دل هذا الخبر ٠ على ان هذا الدفين الجاهلى الذى وجد فى ملك عام انه يكون لواجده وعليه فيه الخمس وحكمه للامام يضعه حيث يرى (٢) .

وهذه الدنانير كانت جاهلية اذا ان الدنانير الاسلامية ٠ وكذا الدراهم لم تكن ضربت على عهد عمر ٠ وعلى رضى الله عنهما ـ وقد اختلف فى أول من ضربها ٠ فقيل الحجاج بن يوسف الثقفى ٠ بأمر من عبد الملك ابن مروان سنة ٧٥ هـ ٠ وأمر بضربها فى النواحى سنة ٧٦ هـ هذا قول سعيد بن المسيب رضى الله عنه :

وقيل أول من ضرب الدراهم ٠ مصعب بن الزبير ٠ بأمر من أخيه عبد الله بن الزبير سنة ٧٠ هـ أمره ان يضربها على ضرب الاكاسرة : وكانت الدنانير ٠ ترد قبل ذلك رومية ٠ والدراهم كسروية وحميرية قليلة ٠ (٣)

ب ـ ملكية الدفين الاسلامى فى الملك العام

فاما الدفين الاسلامى ٠ وهو ما دفنه مسلم اوغيره او كان عليه من العلامات او التواريخ ما يدل انه كذلك فقد اختلف فيه الفقهاء اذا كان فى الملك العام على ثلاثة ٠ مذاهب ٠

١) المذهب الاول : يرى انه يكون لقطة تجرى عليه احكامها ٠ واليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ٠ (٤)

٢) المذهب الثانى : يرى : ان الدفين اذا كان لمسلم او لذمى ٠ فانه يكون لقطة ٠ فاذا كان لكافر غير ذمى ٠ فانه يكون لواجده ٠ واليه ذهب الظاهرية (٥)

---

١) الاموال ص ٤٧٦ ـ ٤٧٧ ٠
٢) المرجع السابق ص ٤٧٩
٣) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٥٤ ط مصطفى البابى الحلبى ٠
٤) بدائع الصنائع ـ جـ ٢ ص ٦٥ ؛ الشرح الكبير للدردير جـ ١ ص ٤٩٢ مغنى المحتاج جـ ١ ص ٣٩٦ المغنى لابن قدامه جـ ٢ ص ٦١٣ ط المنار ، الهداية جـ ١ ص ٧٧ ٠
٥) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٣٢٤

٣) أن الدفين فى الملك العام ـ اذا كان لذمى يكون النظر فيه للامام • ولا يكون لقطه واليه ذهب البنانى ـ من المالكية • (١)

الادلـــــة :

وقد استدل اصحاب كل مذهب على ما ذهبوا اليه بادلة نوردها على الوجه التالـــى :ـ

أولا : أدلة اصحاب المذهب الاول ـ الذى يرى ان الدفين الاسلامى فى الملك العام يكون لقطه تجرى عليه احكامها ـ استدلوا بما يلى :ـ

١) بقوله تعالى : ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل (٢) ووجه الدلالة من الاية الكريمة ـ ان الدفين الاسلامى مال ـ له صاحب فيجب أن يبقى على ملكه وان يسلم له •

٢) ومن السنة بما روى عن عياض بن حمار: قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل او ليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو احق بها • وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء • (٣) ووجه الدلالة من الحديث ـ ان الرسول عليه السلام • قد جعل المال الذى يعثر عليه انسان يكون لصاحبه بشروط معينة ذكرها • وهذا المال اعم من ان يكون دفينا او لقطه • اذ الحديث شامل لهما :

ثانيا : واستدل اصحاب المذهب الثانى • القائل فان الدفين ـ اذا كان فى الملك العام وكان لذمى فان النظر فيه للامام : استدلوا بما يلى :ـ

قالوا ـ ان مال الذمى الذى لا يعرف له وارث يكون لبيت المال : والنظر فيه للامام • ودفينه مال لا يعرف له وارث فيكون النظر فيه للامام • وقد رد هذا الدليل بانه اخص من الدعوى • أذ لا يلزم من جعل مال الذمى الذى لا يعرف له وارث الى بيت المال ـ ان يكون دفينه كذلك : لانه اذا عرف ان الدفين ملك له فانه يبقى على ملكه باتفاق ـ اذ لامواله الحرمة التى لمال المسلم سواء بسواء : وقد روى عن صعصعة • قال سألت ابن عباس • فقلت : أنا نسير فى ارض أهل الذمة

....

١) حاشية البنانى على شرح الزرقانى جـ ٢ ص ٣٢٤

٢) الاية ١٨٨ من سورة البقرة •

٣) نيل الاوطار جـ٥ ص ٣٣٨ •

فتصيب منهم فقال بغير ثمن ؟ • فقلت بغير ثمن : قال ما تقولون؟ قلت نقول حلال لا بأس به • فقال أنتم تقولون كما قال أهل الكتاب • ليس علينا في الاميين سبيل : فاذا كان مجرد اصابة بعض الثمر لا يحل أفلا يكون اخذ دفنهم أشد حرمة ؟ نعم انه لكذلك •

ثالثا : واستدل ـ اصحاب المذهب الثالث : القائلون : بان الدفين اذا كان لمسلم او ذمى فى الملك العام يكون لقطة • واذا كان لكافر وغير ذمى يكون لواجده استدلوا بما يلى من الكتاب والسنة •

أ ـ اما الكتاب • فقوله تعالى : واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول ولذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ـ وقوله تعالى فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا (١) • والوجه من الاية الاولى ان الله تعالى قد ذكر فيها مصارف خمس الغنيمة وسكت عن الاربعة اخماس فدل ذلك على أنها ملك للقائمين ودفين الكافر غير الذمى مال لا حرمة له فيكون غنيمة : والوجه من الاية الثانية : ان الله قد أحل لنا الغنيمة وجعلها حلالا طيبا لنا ـ ولا معنى لحله الا ملكيته والانتفاع به (٢) وقد رد هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الاول : ان الغنيمة فى العرف الشرعى • هى ما أخذه المسلمون من الكفار المحاربين ـ بايجاف الخيل والركاب • وما معنا ليس من هذا القبيل •

الوجه الثانى : ان من دخل دار الاسلام بامان : فلامواله مدة أمانه حرمة لا يجوز ان يستحلها أحد : فاذا حدث • ودفن بعض امواله وعثر عليها احد وعرف نسبتها له • فانها لا تكون غنيمة بل تبقى على ملكه ولا يصح ان يحمل لفظ الغنيمة على مدلولة اللغوى ـ الذى هو مطلق اصابة الشئ • مادام الشارع قد حدد لها مدلولا شرعيا فيجب ان تحمل عليه •

....

١) الاية ٤١ ، ٦٩ من سورة الانفال •

٢) انظر الجامع لأحكام القرطبى ج ٨ ص ١ ـ ٢ •

ب ـ واما من السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم . وفى الركاز الخمس : فقد دل الحديث على وجوب الخمس فى الدفين ـ والوجوب فرع الملك فقد دل هذا على ان اربعة اخماسه له .

ويرد ـ وجه الاستدلال بهذا الحديث ـ بان تخصيص دفين الكافر غير الذمى بهذا دون غيره تحكم والا فلماذا ـ لا يحمل على المعدن عموما : ؟ ـ كما قال علماء العراق ـ الركاز هو المعدن المدفون : ؟ او على المال المدفون بقطع النظر عن ديانة الدافن ؟ سواء اكان مسلما ام ذميا ـ او مستأمنا ؟ (١) فحمله على بعض افراده دون البعض تحكم لا سند له .

المختـــار :

وبالنظر فى الادلة . وما ورد عليها من مناقشات تبين لها رجحان القول الاول . القائل بان حكم هذا الدفين حكم اللقطة . وتجرى عليه احكامها لسلامة ادلته . وصيانة للاموال : وقياما بحرمتها وشا للثقة فى نفوس الناس تجاه اموالهم .

المطلب الثانى

ملكية المعدن ـ والدفين فى الملك الخاص

أولا : ملكية المعدن فى الملك الخاص

اختلف الفقهاء فيمن يملك المعدن فى الملك الخاص . وخلافهم فيه على ثلاثة مذاهب .

١) المذهب الاول يرى ان الملك فى المعدن الذى وجد فى ملك خاص يكون لصاحب الارض . سواء أكان المعدن جامدا أم سائلا ـ واليه ذهب الحنفية . والشافعيه ـ والظاهرية . (٢)

٢) المذهب الثانى ـ يرى ان المعادن الجامدة ملك لصاحب الارض . واما المعادن السائلة . فهى مباحة واليه ذهب الحنابلة : (٣)

. . . .

١) الاموال لابى عبيد ص ٤٦٩

٢) المبسوط للسرخسى جـ٢ ص ٢١١ والمجموع للنووى جـ٦ ص ٧٧ ٩٥ المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٢٣٨

٣) المغنى لابن قدامه جـ٢ ص ٦٢٠ ـ ٦٢٩

٣) المذهب الثالث : ويرى ان المعادن مطلقا سواء أكانت جامدة أم سائلة مملوكة للدولة ممثلة فى شخص الامام - واليه ذهب المالكية .(١)

الادلة :

وقد استدل كل مذهب على ما ذهب اليه . بادلة نوردها على الوجه التالى :

أولا : أدلة اصحاب المذهب الاول : القائل بان المعدن فى الملك الخاص لصاحب الارض : استدلوا بما يلى من الكتاب والسنة والمعقول .

أ - اما الكتاب : فقوله تعالى : ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل - ووجه الدلالة ان المعدن الموجود فى الملك الخاص . هو جزء من الارض المملوكة ملكا خاصا . وجعله لغير مالك الارض - أكل الاموال الناس بالباطل . فيكون منهيا عنه(٢) .

ب - واما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو هريرة رضى الله عنه : من اقتطع شبرا من الارض بغير حقه طوقه الله من سبع ارضين يوم القيامه - رواه احمد .(٣) والوجه منه كما نقله الشوكانى عن فتح البارى ان الحديث يدل على ان من ملك ارضا ملك ظاهرها وباطنها بما فيها من حجارة وأبنيه ومعادن وغيرذلك(٤)

جـ - واما المعقول فقالوا - ان المعدن جزء من اجزاء الرض فمن ملك الكل يملك الاجزاء بالضرورة(٥) رد هذه الادلة : وقد ردت هذه الادلة باننا لا نسلم ان المعدن جزء من اجزاء الارض حتى تكون اباحته للغير غصبا منهيا عنه : او حيلة لغير مالك الارض أكلا لاموال الناس بالباطل : بل ان المعادن لها طبيعتها التى تختلف مع طبيعة الارض - وهذا ما استقر عليه فهم سلفنا الصالح . فقد روى عن أبى عكرمة مولى بلال أبن الحارث المزنى - قال اقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا - ارض كذا من مكان كذا الى مكان كذا . وما كان

....

١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ١ ص ٤٨٧
٢) أنظر المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٣٨
٣) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣١٧
٤) المرجع السابق .
٥) المحلى على المنهاج وحاشية قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٩٥ ط محمد على صبيح .

فيها من جبل او معدن • قال فباع - بنو بلال عمر بن عبد العزيز ارضا فخرج فيها معدنان • فقالوا انما بعناك ارض حرث • ولم نبعك المعدن • وجاءوا بكتاب القطعية التى قطعها رسول الله صلى الله وسم لا يبهم فى جريدة (١) قال • قبل عمر بمسحها على عينيه (تبركا بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) • وقال لقيمة • انظر ما استخرجت منها وانفقت اليها فقاصهم بالنفقة ورد عليهم الفضل - اى ان سيدنا عمر بن عبد العزيز قد سلم لهم يدعواهم من التفرقة بين الارض والمعدن والمغايرة التامة بينهما بحيث لا يسرى بيع احدهما على الاخر فرد عليهم المعدن بعد ان خصم منه قيمة ما انفق على استخراجه (٢) فاذا علمنا - ان الارض شئ - وما فيها من معدن شئ آخر • كان ما استدل به اصحاب المذهب الاول فى غير محل النزاع - لان محل النزاع هو هل المعدن جزء من الارض • فيأخذ حكمها أم انه ليس جزء منها فيكون له حكم آخر ؟

ثانيا :أدلة المذهب الثانى - الفرق بين المعدن الجامد والمعدن السائل حيث جعل الاول لصاحب الارض - والثانى جعله مباحا - استدل بما يلى •

أ - استدل على الشق الاول من الدعوى - وهو ان المعدن الجامد يكون لصاحب الارض - بان المعدن الجامد جزء من اجزاء الارض • فمن ملك الارض بجميع اجزائها (٣)

ب - واما دليلهم على الشق الثانى : وهو المعادن السائلة لا تملك بامتلاك الارض • فقد استدلوا عليه بالقياس • فقالوا - ان المعادن السائلة كالماء الجارى • فكما ان الماء الجارى لا يملك فكذلك المعادن السائلة بجامع الحاجة العامة فى كل منهما لعموم الناس : يدل لهذا انه حين لقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبيض بن جمال المازنى - الملح الذى بمآرب • قيل للرسول عليه السلام : يارسول الله اتدرى ما قطعت له؟ انما اقطعته الماء العد - اى الدائم الذى لا ينقطع فرجعه الرسول منه • (٤) •

....

١) هى السعفة التى جردت من الخصوص • وكانوا يكتبون عليها لقلة الورق •
٢) الاموال لابى عبيد ص ٤٧١
٣) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٥٨ •
٤) الاموال لابى عبيد ص ٣٩٠ •

رد هذا الاستدلال = وقد رد الاستدلال على الشق الاول من الدعوى بما رد به دليل اصحاب القول الاول فلا نعيده تجنبا للاطالة : ويرد استدلالهم على الشق الثانى : ان قياس المعدن على الماء قياس مع الفارق اذ الضرورة فى كل منهما متفاوته بالضرورة فى الماء لكل حى • بخلاف المعدن السائل • فان بعض الناس هم الذين يحتاجونه - وليسوا كلهم • ولا يصح ان يقاس عليه من ناحية السيولة : لانها لا تصلح ان تكون علة جامعة بينهما والا لقيس كل سائل على الخمر بهذا الجامع • وهذا مالم يقل به احد •

ثالثا : واستدل اصحاب المذهب الثالث • القائل بان امر المعادن جامدها • وسائلها للدولة الممثلة فى شخص الامام بما يلى :-

أ - ان المعادن موجودة فى الارض قبل ان يملكها المالك ملكا خاصا • والتملك لا يقع عليها : لانه انما يتملك سطحها ظاهرا • ولم يرد التملك على اعماقها وما فى بطنها • اذ الارض تملك - اما لاقامة المبانى عليها - او للزرع • والغرس • وكلا الفرضين لا يتوقف واحد منهما على تملك باطنها •

ب - ويمكن ان يستأنس لذلك بقوله تعالى : ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده • فهو لم يقل يورثها وما فيها لمن يشاء من عباده - فهذا يرجح ان يكون ما فى جوف الارض • من ذهب او فضة او معادن فيئا للمسلمين بمنزلة مالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب •

جـ - ثم انه لو أبيح تملك المعادن مع ضخامة ما تدره من دخل • بالقياس الى ما يبذل فيها من عمل • وما ينفق عليها من تكاليف لم يكن هناك توازن بين العمل والجزاء عليه • وهذا يؤدى الى الخلل الاقتصادى والاجتماعى اللذين يحاربهما الاسلام : يقول الشيخ ابو زهره - تعليقا على هذا الرأى • وهو رأى الامام مالك وان أمثل الاراء هو رأى الامام مالك وهو ان المعادن حيث وجدت تكون ملكا للدولة • وهو المشتق من الكتاب والسنة • وهذا ما اختاره : والله اعلم (١)

ثانيا - ملكية الدفين فى الملك الخاص :

الدفين اما ان يكون اسلاميا - او جاهليا • والمقصود بالاسلامى • ما كان بعهد

....

(١) فى المجتمع الاسلامى ص ٣١ للشيخ ابو زهرة ط دار الفكر •

الاسلام ، والجاهلي ما كان قبل الاسلام : ولكل منهما حكمه في الملك الخاص .

أولا ـ الدفين الاسلامي : بالنسبة للدفين الاسلامي ، فقد اتفق الفقهاء على انه في الملك الخاص : ملك لدافنه : وهو لقطة في يد واحدة تجري عليه احكامها ـ من اعتبار المدة والتعريف ، والتصرف .(1)

ثانيا : ملكية الدفين الجاهلي في الملك الخاص:

اما بالنسبة للدفين الجاهلي في الملك الخاص ، فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء على ثلاثة اقوال :

1) القول الاول : ان الدفين ملك للمختط له او وارثه ان وجد : والا فلاقصى مالك يعرف في الاسلام واليه ذهب الامام ابو حنيفه ، ومحمد بن الحسن رحمهما الله تعالى :ـ(2)

2) القول الثاني : يرى ان الدفين لمن ملك الارض بالاحياء او ورثته ان وجدوا والا فهو مال جهل اربابه ، ومصيره الى بيت المال ـ واليه ذهب المالكية والشافعية (3) .

3) القول الثالث : يقول ان الدفين لواجده ، ذهب الى ذلك الحنابلة والظاهرية وابو يوسف من الحنفية ،(4) .

الادلة :

وقد استدل اصحاب كل قول على ماقالوا بأدلة نوردها على الوجه التالي :ـ

أولا : ادلة اصحاب القول الاول ، القائل ،أن الدفين الجاهلي في الملك الخاص يكون للمختط له او لورثته ان وجدوا والا : فلا قصى مالك يعرف في الاسلام استدلوا بما يلي :ـ

1) ما روى ان رجلا أتى علي بن ابي طالب كرم الله وجهه بالف خمسمائه درهم وجدها في خربة ، فقال علي ابن ابي طالب ـ ان كنت وجدتها

....

1) مغني المحتاج ج2 ص 409 ـ 410 المغني لابن قدامه ج2 ص 613 ، المبسوط للسرخسي ج 2 ص 214 المحلى لابن حزم ج8 ص 257 ـ 258 ، والشرح الكبير للدردير ج1 ص 491 .

2) المبسوط ج 2 ص 214 الهداية ج 1 ص 77 ، والمختط له هو الذي ملكه الامام هذه البقعة بأول الفتح ، وسمى بصاحب الخطة لانه يخط لكل احد من القائمين حيزا ليكون له .

3) الشرح الكبير ج1 ص 490 وحاشية الدسوقي عليه : المجموع للنووي ج6 ص 75 ومابعدها .

4) المبسوط ج2 ص 214 الهداية ج1 ص 77 كشاف القناع لابن ادريس ج1 ص 214

فى ارض يؤدى خراجها قوم فهم احق بها منك • وان كنت وجدتها فى ارض لا يؤدى خراجها احد فخمسها لنا واربعة اخماسها لك (١) ووجه الدلالة من هذا الاثر - ان الخمسمائة والالف المذكورة تكون لمن يؤدى خراج الخربة • فهى اذن مملوكة لهم • والارض المختطة مملوكة للمختط له : فالملكية جامع بين المقيس • والمقيس عليه •

ورد هذا الاستدلال : بما يلى ان مقتضى القياس ان تطرد ملكية الدفين مع ملكية الارض حيث ان الاثر لم يبين سبب الملكية لا ان تقتصر على المختط له اورثته دون غيره من المالكين باى سبب من الاسباب •

٢) ان صاحب الخطة ملك البقعة بالحيازة فملك ظاهرها • وباطنها ثم المشترى منه يملك بالعقد فيملك الظاهر دون الباطن كمن اصطاد سمكة فوجد فى بطنها لؤلؤة فهى له بخلاف • مالو اشترى سمكة فى بطنها لؤلؤة : فاذا لم يتملك المشترى على صاحب الخطة بقى الدفين على ملك صاحب الخطة ورد هذا الاستدلال : بان تملك الارض بالحيازة لا يقتضى تملك الدفين • لانه ليس جزءا من الارض ولا من توابعها • وانما هو موجود فى الارض للنقل عنها • (٢) ولو كانت الحيازة المجردة سببا كافيا للتملك لملك محى الموات الارض بمجرد الحيازة دون الاحياء • ثم ماذا يكون الحكم فى الارض التى أسلم عليها اهلها او يسلم عليها اهلها ولا اختطاط فيها ؟ وقصر الحلة هنا على المختط له مع أنها يمكن ان تحمل فى غير الاختطاط تحكم •

وأما القياس على السمكة المصيدة التى فى بطنها لؤلؤة • فانه قياس مع الفارق ذلك ان الجوهرة مباحة باباحة السمكة فملكها الصائد بالاستيلاء • واما المختط له فقد ملك البقعة لا بالاستيلاء المجرد • وانما ملكها بتمليك صاحب السلطة الشرعية وهو الامام •

ثانيا : واستدل اصحاب القول الثانى - على ان الدفين الجاهلى لمن ملك بالاحياء •

ان المحى بالاحياء يتسلط على ظاهر الارض وباطنها • بخلاف المتملك بالشراء • فان عقد البيع لا يرد على هذا الدفين • لانه مدفون

....

١) المبسوط للسرخسى ج ٢ ص ٢١٤ - ٢١٥

٢) رسالة دكتوراه فى ملكية المعدن والركاز فى الشريعة الاسلامية للدكتور يوسف محمد - الشال ص ٨٧ - ٨٨

منقول عنها . فلا يعد جزءا من الارض فلم يدخل في البيع والحق ملكه عن رقبة الارض : وهذا التعليل . وان كان مسلما في نطاق الارض المحياة الا انه قاصر لا يتناول الارض التى يقع فيها الاختطاط . والارض التى اسلم عليها أهلها .

ثالثا : واستدل اصحاب القول الثالث : القائل ان الدفين الجاهلي في الملك الخاص لواجده بما يلي :ـ

١) ان الدفين لا يملك بملك الارض لانه مودع فيها (١) وهذا الاستدلال مردود . لان كون الدفين مودع للنقل عنها : ولا يقتضى انه لواجده . فلا تلازم بين هذه العلة . وبين كون الدفين لواجده حتى يقال انه له .

٢) واستدلوا بما فعله عمر وعلى رضى الله عنه . فقد دفعا اربعة اخماس الركاز لواجده . ورد هذا الاستدلال أيضا . لان فعل عمر وعلى لم يكن بصدد دفين في ملك خاص . وكلامنا في دفين في ملك خاص .

٣) ان هذا الدفين مال كافر مظهور عليه . فكان لواجده . وهذا مردود عليه كذلك : ورده من ناحيتين :

أ ـ ان كون هذا الدفين مال كافر مظهور عليه يقتضى ان يكون غنيمة . والغنيمة ليست لواجدها : هكذا جملة وانما لها نظام خاص سبق الكلام عليه .

ب ـ ان هذا التعليل على ما فيه من مقال : فهو بأرض كافر مظهور عليه وليست الارض كلها لكافر مظهور عليه : والتعليل لا ينبغى ان يكون قاصرا على هذا النحو .

٤) واستدلوا أيضا بقوله تعالى : واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه . ووجه الدلالة من الاية الكريمة . أنها تدل على ان خمس الغنيمة للجهات المبينة فيها . والباقى للغانمين . والدفين الجاهلي غنيمة فيكون لواجده بعد الخمس . ورد هذا الدليل . بان تكييف الدفين الجاهلي في الملك الخاص على انه غنيمة ويترتب ملكيته لواجده على هذا التكييف بايـاه

....

١) كشاف القناع جـ ٢ ص ٩٢ ـ ٩٣ .

المعنى الفقهى للغنيمة ـ من ناحيتين :

الاولى : من ناحية معناها ـ اذ الغنيمة تطلق على ما اخذ من الكفار نتيجة اشتباك مسلح . وهذا المعنى غير موجود فى الدفين الجاهلى فى الملك الخاص .

الثانية : من ناحية توزيعها ـ اذ خمسها لمن سماهم الله تعالى فى آية الغنيمة . واربعة اخماسها لمن اشتركوا فى القتال : ومقتضى هذا ان لا يكون الدفين لواجده ـ وانما هو مال جهلت اربابه . فيكون مصيره لبيت مال المسلمين وليس لواجده .

٥) وبقوله تعالى . فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا ـ والوجه من الاية الكريمة انها اباحت الاكل من المغنوم والدفين الجاهلى مغنوم للانسان فيكون مباحا له بصريح الاية ـ ولا معنى لاباحته الا ملكه (١) وهذا بالدليل مردود : لانه فى غير محل النزاع ـ اذ موضوع النزاع ملكية الدفين الجاهلى فى الملك الخاص والدليل فى اباحة الاكل من الغنيمة والاكل فرع ثبوت الملك ـ وهو المتنازع فيه .

٦) ومن السنة ـ قوله عليه الصلاة والسلام ـ وفى الركاز الخمس : حيث دل الحديث على وجوب الخمس فى الركاز فيكون الباقى له والدفين الجاهلى ركاز ـ ورد هذا الدليل ايضا . لان وجوب الخمس فرع ثبوت الملك وهو محل النزاع .

الترجيح والمختار :

وانني ارى ان الدفين الجاهلى فى الملك الخاص يكون للمختط له او لورثته ان وجدوا ـ ويلحق به المحى لمكان وجود الدفين او لورثته ان وجدوا ـ والا فهو مال لا رب له . فيكون مصيره لبيت المال لان المختط له . والمحى كلاهما قد دخل الدفين فى ملكه دخولا شرعيا ـ فالمختط له ملك البقعة باختطاط الامام له : او نائبه وهذا الاختطاط مع احتمال وجود الدفين فى تلك البقعة فهذا تمليك تقديرى من صاحب السلطة الشرعية . يمكن الاستناد اليه : وكذلك المحى حين

....

(١) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٣٢٤

اذن له الامام بالاحياء وهو يملك التصرف فى هذه الارض بصفته . فهذا الاذن معه احتمال وجود الدفين فى المكان المحيا . وليس هناك شرط عند الاختطاط اوالاذن فى الاحياء ـ ان الدفين لا يكون للمختط له . ولا لمن اذن له فى الاحياء فالتمليك التقديرى . اوالضمنى . بالاختطاط . أوبالاذن فى الاحياء يقوم سندا لتملك المختط له . اوالمحى للدفين الجاهلى . اولورثتهما يرثونه عنهما مملوكا بسند تملك صحيح وانتقال الملك الى غير المختط له اوالمحى او ورثتهما احتمال بعيد . وغير معهود . فاذا لم يوجد ورثة لكل منهما . كان المال . مالا . لا وارث له فيصير الى بيت المال .

الحصة الشرعية الواجبة فى المعدن ـ والدفين

أولا: بالنسبة للمعدن : وقد اختلف الفقهاء فى المعدن الذى تجب فيه حصة شرعية هل هو نوع خاص من أنواع المعدن . أم كل معدن اخرج من الارض وجب فيه حق ؟ اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال :

١) القول الاول : يرى ان المعدن اذا كان مما يقبل الطرق والسحب والانطباع بالنار ـ كالذهب والفضة والحديد والنحاس وما اليها : ففيها الخمس فاما اذا كان صلبا ولكنه لا يقبل الطرق والسحب من الجوهر واللؤلؤ فليس فيه شئ . وعند أبى حنيفة رواية انه ان وجده فى داره فلا شئ فيه ـ ووجهتهم فى ايجاب الخمس الحاقه بالغنيمة وتشبيهه بها . واليه ذهب الاحناف (١) ولكن يرد عليهم فى هذا ان التفرقة بين القابل للطرق والسحب وبين غيره لا دليل عليها ـ وكان مقتضى الحاقهم المعدن بالغنيمة ـ ان يوجبوا الخمس فى الجميع .

٢) القول الثانى : يرى ان كل معدن استخرج من الارض . وبلغ نصابا . وجبت فيه الزكاة وهى . ربع العشر : ـ واليه ذهب الحنابلة : مستدلين بقوله تعالى : يأيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم . ومما اخرجنا لكم من الارض وقاسوها على الاثمان . فكما ان الاثمان يؤخذ منها ربع العشر . فكذلك المعادن كلها (١) .

....

١) راجع الهداية ج ١ ص ٧٧ فتح القدير ج ١ ص ٥٣٧

٢) الشرح الكبير للمقدسى على هامش المغنى لابن قدامه ج ٢ ص ٥٨٠ ـ ٥٨١

٣) القول الثالث : يرى انه يقتصر منه على الذهب والفضة فيؤخذ منهما ربع العشر ان بلغا نصابا واليه ذهب المالكية - والشافعية [١].

واقتصروا عليهما ، لانهما اثمان الاشياء ، بهما تحدد قيمتها - ولانه صح عندهما - ان الرسول صلى الله عليه وسلم ، قال لا زكاة فى حجر.

٤) القول الرابع : يرى ان لا شئ فى المعدن ، واليه ذهب ابن حزم الظاهرى [٢]
وذلك لانه لم يصح شئ فيه عنده ، وهو لا يقول بالقياس ، حتى يمكن ان يقيسه على شئ ما وحى فيه حصة شرعية ، وهو وان كان يأخذ بالظاهر : فلماذا لم يجعل المعادن مندرجة تحت قوله تعالى - ومما أخرجنا لكم من الارض ، والذى يظهر لى من تعليل لمسلك ابن حزم ، من عدم ادراجه ، المعادن ضمن ما اخرج الله من الارض : ان اخرج الله سبحانه وتعالى ظاهرا ظهورا لا يخفى على احد فى النبات والشجر حيث ان جهد الانسان فى هذه الناحية لا يقاس بشئ بجانب قدرة الله فى انبات النبات واخراجه من باطن الارض - نجما ثم شجرا يافعا سامقا ، الى آخر هذه الاطوار العجيبة التى تبدعها قدرة الله تعالى فى هذا المجال - فاما بالنسبة للمعادن - وان كان هو الخالق - والمودع لها فى بطن الارض من أجل مصلحة الانسان وهدايته وتوفيقه يستخرجها الانسان : الا ان عملية الكشف عنها عملية بشرية فى ظاهرها فهو الذى يظهرها وينقب عنها - لذا لم يكن من المناسب ان تندرج تحت قوله تعالى - ومما اخرجنا لكم من الارض ، فلا ينسب الى قدرة الله قال : الا ما يناسبها من جلائل الاعمال وعظيمها.

ثانيا : ما يجب اخراجه شرعا من الدفين :

وللعلماء فيما يجب ان نخرج من الدفائن رأيان :

١) الرأى الاول : يرى ان الدفين الجاهلى بانواعه تجب فيه حصة هى خمسه واليه ذهب جمهور العلماء منهم الحنفية والحنابلة ، وبعض المالكية [٣]. ودليل اصحاب هذه القول : ما روى أن رسول الله

....

١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج١ ص ٤٨٦ والام للامام الشافعى ج ٢ ص ٣٦
٢) المحلى لابن حزم ج ٦ ص ١١٧ .
٣) فتح القدير ج ١ ص ٥٣٩ والهداية ج ١ ص ٧٧ - المجموع للنووى ج ٦ ص ٩١ ، ٩٦ والمحلى لابن حزم ج ٦ ص ٣٩

صلى الله عليه وسلم . قال - وفى الركاز الخمس وجه الدلالة - من الحديث : أنه نص صريح فى وجوب الخمس فى الركاز - والركاز يشمل الدفائن كلها .(١)

٢) الراي الثاني يرى - ان الدفين الجاهلى لا تجب فيه حصة شرعية - الا اذا كان ذهبا - او فضة - وهو قول للشافعيه . وبعض المالكية .(٢).

ومعنى هذا القول عندهم - ان المراد بالركاز - الذهب والفضة لا غير . وهذا تحديد يأباه اطلاق اللفظ . ومعناه سواء فى اللغة او الشرع .

ومن هنا كان الاول هو الاولى بالقبول : والله أعلم بالصواب .

---

١) انظر الخراج لابى يوسف ص ١٢ .

٢) المجموع جـ ٦ ص ٩٩ - المنتقى شرح الموطأ للباجى جـ ٢ ص ١٠٦ .

نتيجة البحث

١) بعد هذا التطواف الشاق الطويل بين بطون الكتب، وفي مختلف المراجع والتردد الدائب على المكتبات العامة والخاصة فلعلي أكون قد استطعت ان ابرز ناحية هامة من نواحي الفقه الاسلامي وان أسهم، ولو بوضع لبنة في بناء التشريع الاقتصادي الاسلامي: الذي يتطلب سواعد المجدين المخلصين من ابنائه حتى يوجد البديل الفذ كما قلت أول هذا البحث لهذه التشنجات الفكرية التي تخرج بين الحين والاخر لتوهم العالم انه لا نظير لها، وانها سفينة النجاة للتائهين بين الامواج العاتية: نقول لهم لا: فهنا في خضم المحيط التشريعي للاسلام يوجد حاجة كل طالب، وبغية كل متبع، ولن يكلفنا ذلك الا ان نخرج ما في تشريعنا من كنوز بلغة العصر: ومقاييسه: ومفاهيمه من هنا - فلقد حاولت طاقتي ان أبين رأى الاسلام في الملكية الفردية واقراره لها - وحمايتها من كل من يحاول النيل منها او المساس بها - وان ابين وظيفتها في الميدان الاجتماعي والاقتصادي للامة ثم أبين كذلك الملكية الجماعية، ووظيفتها وطبيعتها وغايتها، وأصل كل منهما في الكتاب والسنة ولقد اتضح لي أثناء البحث والدراسة ان الملكية الجماعية او العامة تنقسم الى قسمين - قسم يكون تصرف الامام فيه تاما - كتصرف الملاك في املاكهم، وهذا كما في الموات، والارض المصطفاة وغير ذلك، وقسم ثان: لا تصرف للامام فيه: الا بقدر ما يصونه ويحفظه، وهذا كما في الارض المفتوحة اذ اختار الامام وقفها، فسميت القسم الاول - اراضي مملوكة للدولة - والاخر اراضي مملوكة للجماعة الاسلامية، وقد ظهر اثناء البحث على ما مر بيانه الفرق واضحا بين القسمين.

٢) ولما كان الفتح مصدرا من مصادر التملك استدعى البحث ان امهد الى ذلك بعدة مباحث قد تكون طالت بعض الشئ: الا انني آثرت ان اعطيها حقها دحضا لشبهة طال مداها - وقربت تطاير شررها في كل مكان - وهي ان الاسلام قد قام بالسيف، وتحت وطأة سخافة هذا القول فلقد وجدتني مضطرا ان ابين انه لابد للحق من قوة تحميه

وان الرسالات السابقة على الاسلام كانت أشد استعمالا للقوة من الاسلام حيث باشرت الخسف والابادة الجماعية ولم يستعملها الاسلام ثم بينت طرفا مما كانت عليه الكنيسة الكاثوليكية من اضطهاد وتعذيب للمخالفين لها حتى من ابناء المسيحية ذاتها - والبحث الى محاكم التفتيش وأساليبها فى مطاردة المخالفين . وبينت كيف كافأ المسيحيون المسلمين وجازوهم مكان احسانهم اساءة . ثم بينت ان الاسلام سواء فى الناحية التشريعية اوالتطبيقية لم يكره أحد على الاسلام - ولم يقاتل احدا لاجل الكفر . وبينت القواعد والاسباب التى من أجلها يدخل الاسلام الحرب . وحققت الباعث على القتال / وبينت انه العدوان ورد الفتنة وتخليص الشعوب المقهورة والمغلوب على أمرها . وان واقع الاسلام كان تطبيقا رائعا لهذه المبادئ ثم بينت ان الاستيلاء بعد هذا كله يصلح ان يكون سببا لتملك الارض ان رأى الامام ذلك .

٣) ثم انتقلت بعد ذلك الى بيان الغنيمة والفئ - وعرفت كلا منهما - واخترت لهما تعريفا غير الذى سار عليه جمهور الفقهاء ودعمت ما اخترته بادلة ثابتة قوية . وخرجت من ذلك الى ان المراد بالغنيمة المنقول - وبالفئ الارض . ثم عرجت بعد ذلك الى أقسام الارض . وبيان كل قسم . ونوع الملكية المطبقة عليه . فتكلمت عن الارض التى أسلم عليها أهلها - وارض الصلح والارض المملوكة للدولة - ثم بينت حكم العامر من ارض العنوة وآراء الفقهاء فيه : وقد استدعى ذلك الكلام على فتح خيبر وبيان نوع الملكية التى طبقت عليها - وكذلك فتح مكة ثم عرضت لمسلك عمر رضى الله عنه فى الارض التى فتحت على عهده . وهى سواد العراق . والشام . ومصر ثم وفصلت ما جرى بين الخليفة وبين بعض الصحابة عند التشاور فى شأن هذه الاراضى المفتوحة . وبيان نفاذ بصيرة عمر ورؤيته البعيدة للمستقبل . وكيف أيد رأيه بفهم عميق لآيات الحشر وما أفاد الله على رسوله منهم الخ : وهنا عرضت لمذاهب الفقهاء فى الارض المفتوحة عنوة واوردت حجج كل مذهب وناقشتها ورجحت ما رجحه الدليل . وخرجت من هذا كله الى ان الملكية التى طبقها عمر على سواد العراق والشام ومصر هى الملكية العامة لا الخاصة كما هو مذهب بعض الفقهاء .

٤) ثم بينت فى مبحث مستقل حكم الدور والمساكن : وبينت ان ما كان موجودا منها اثناء الفتح لاخراج عليه . وكذا ما بنى منها فى ارض الخرج للحاجة ومن أجل زراعة الارض لا خراج عليه كذلك . ثم بينت التكييف الفقهى للخراج وعرضت لاقوال فيه وبينت انه اجرة للارض او هو فى معنى الاجرة وانه ليس ثمنا للارض لانها مملوكة ملكية عامة للامة .

ثم عرضت لتصرفات واضعى اليد فى ارض الخراج . وانتهيت الى أنها منصبة على المنافع وما يقام عليها من مبان وغير ذلك . وليس شاملا لرقبة الارض . وهو رأى لبعض العلماء ثم بينت بعض ذلك : ارض الخراج - وارض العشر : وهل يجمع بينهما ام لا : وحكم الارض الخراجية تنتقل الى الذمى ماذا يكون عليها ؟ - وبذلك انتهى الفصل الاول من الباب الاول .

٥) وانتقلت بعد ذلك الى الفصل الثانى : من الباب الاول - وهو الوقف وبعد تعريفه بينت انه لا يكون مصدرا من مصادر الملكية العامة الا على قول من يقول من الفقهاء ان العين الموقوفة تنتقل بالوقف الى حكم ملك الله تعالى ثم ذكرت لمحة تاريخية عنه وبعدها عرضت لشبهة تقول ان الوقف ليس نظاما أصلا فى الاسلام ولكنه منقول عن القانون الرومانى : وقد رددت هذه الشبهة وبينت بالدليل انه نظام أصيل نابع من الاسلام وبعد ذلك بينت حكمه مبينا بطلان قول من عدا من قال بلزومه . ثم عرضت بعد ذلك لاركانه فذكرت الواقف . وشروطه مبينا مواطن الاتفاق والاختلاف اثناء البحث مرجحا ما رجحه الدليل .

وعرضت بعد ذلك لتأثير الدين على انشاء الوقف . وهل يجوز وقف المحجور عليه . ... : وتبع ذلك بيان حكم تصرفات المريض وتبرعاته ثم ذكرت الركن الثانى .

وهو الموقوف . فذكرت شروطه . واردفت ذلك ببيان ما يصح وقفه وما لا يصح ثم بينت حكم وقف المشاع - ثم وقفت وقفة بينت فيها لمن تكون ملكية العين الموقوفة باعتبار ان هذا الموضوع هو اوثق مايربط الوقف بموضوعنا .

ولقد رجحت ما رجحه الدليل وهو ان العين الموقوفة تخرج بالوقف الى حكم ملك الله تعالى : وبذلك تكون مملوكة لجماعة المسلمين ثم ذكرت بعد ذلك

الركن الثالث وهو الموقوف عليه . فذكرت الشروط الواجب توافرها فيه : وقد استدعى المقام بيان الوقف على النفس . ثم بيان معنى القربة في الموقوف عليهم . وسبب خلاف العلماء في ذلك وما هو المعيار الذى ينبغى ان يكون حكما على الشئ بانه قربة او غير قربة . وانتهيت الى ان المعيار الواجب الاخذ به هو المعيار الاسلامى .

٦) ثم عرضت بعد ذلك لحكم يقع كثيرا ويتساهل الناس فيه . وهو الوقف على بعض الورثة دون بعض او تفضيل بعضهم على بعض . وانتهيت بعد ذكر الادلة الى القول ببطلان مثل هذا الوقف الذى اريد به المعصية ثم جاء دور الركن الرابع . وهو الصيغة . فتكلمت على صريحها وكنايتها وجواز انشاء الوقف بالفعل . ثم تكلمت عن القبول والقبض ومكان كل منهما من انشاء الوقف .

بعد ذلك استدعى المقام الكلام على التأبيد والتأقيت في الوقف وانتهيت حيث انتهى الدليل . الى عدم جواز الوقف المؤقت : وانه لابد من ان يكون مؤبدا - وان كان ذلك لا يستدعى ذكر التأبيد في الصيغة .

واخيرا ختمت الكلام في الوقف بكلمة عن اثر التعليق في الوقف - وبيان حكم المعلق على الموت والمعلق على شرط في الحياة .

٧) ثم انتقلت الى الفصل الثالث : من الباب الاول - وهو الحمى . وبعد ان عرفته . بينت ان الاسلام قد قام بتغيير الهدف الذى كان من اجله الحمى. فبعد ان كان سيفا مسلطا من القوى على الضعيف . ووسيلة من وسائل التعالى والتكبر التى يلجأ اليها السادة والاغنياء . جعله الاسلام وسيلة من وسائل بث العدل بين الناس . وطريقا من طرق نشر الرحمة عليهم . ولقد ذكرت خلاف الفقهاء حول من يكون له هذا الحق ؟ وهل هو خاص بالرسول عليه السلام وحده ام هو جائز للامام بعده . وقد رجحت القول الاخير . ثم ذكرت احكام الحمى التى تجعله يحقق الغاية التى علقها الاسلام على مشروعيته . وحققت انه يجب ان يكون خاصا بالفقراء والضعفاء عن الانتجاع وطلب المرعى . ومن في مستواهم .

واخيرا ذكرت الفرق بينه وبين التأمين . وبينت عدم دقة قول من قال

من الفقهاء المحدثين ان الحمى والوقف يعتبران أصلا تشريعا للتأميم وذكرت ما يمكن ان يكون سندا تشريعيا له : وهو حديث أبيض بن جمال وغيره : وبذلك انتهى الباب الاول :-

٨) ثم انتقلت الى فصول الباب الثانى - وهو مصادر الملكية الخاصة .

فبدأت باحياء الموات . وبعد تعريفه وبيان حكمه - اقمت الدليل على ان الارض الموات مملوكة للدولة وليست مباحة كما ذكر عامة الفقهاء : ثم ذكرت مذاهب الفقهاء فى وجوب استئذان الامام وبينت ان ذلك نابع من حق الدولة فى تملك هذه الارض . ثم تكلمت عن حكم تملك الذمى بالاحياء وبعد عرض الاراء بادلتها بينت انه من حقه ان يؤذن له بالاحياء . ثم ذكرت الارض التى من حق الامام ان يأذن فيها بالاحياء / وما يثبت حق الاولوية والتقدم فى هذه الارض - وبينت انه واحد من اثنين . اما الاقطاع - واما التحجير . ثم بينت ما يجوز اقطاعه من الارض . وما لا يجوز . وعقدت موازنة بين الاقطاع الاسلامى . والاقطاع الغربى وسمات كل منهما والفرق الشاسع بينهما . ثم ذكرت أهم العوامل التى ساعدت على شيوع الاقطاع بمعناه الغربى فى المشرق الاسلامى وخاصة مصر .

ثم ختمت الفصل ببحث بينت فيه ان وضع اليد لا يعتبر تمليكا للارض وليس وسيلة من وسائل الاستيلاء عليها . وهذا بخلاف المعهود فى القانون المدنى وغيره وبينت انه لا يعدو ان يكون قرينة قوية على الملك وليس مصدر من مصادره .

٩) ثم انتقلت الى الفصل الثانى : وهو الهبة وبعد ان عرفتها ذكرت اركانها . وشرط كل ركن ثم تكلمت عن اقتضاء الهبة المطلقة للثواب . وعن مدى تأثير اشتراط الثواب فى العقد على بقاء العقد صحيحا ثم ذكرت حكم هبة المشاع - والعمرى والرقبى . وتكلمت على أصل مشروعيتهما وعن مذاهب العلماء فى القول بهما - وعن اثر الشرط عليهما .

ثم تكلمت عن حكم التسوية بين الابناء فى العطية التى فيها الهبة وبعد ذكر الآراء واستعراض الادلة ومناقشتها . ترجح لدى القول بوجوب التسوية . وان الهبة التى تقع على خلاف ذلك تكون باطلة .

ثم تكلمت أخيرا عن حكم الرجوع فى الهبة وشروط الرجوع ولمن يكون • وحكم كل ذلك مع بيان آراء العلماء والمناقشة والترجيح •

١٠) ثم انتقل الكلام الى الفصل الثالث من الباب الثانى - وهو الوصية • وبعد تعريفها وبيان دليل مشروعيتها : وذكر لمحة تاريخية موجزة عنها ذكرت حكمها • فعرضت فيه أقوال الفقهاء وذكرت كل قول • وناقشت مايرد عليه من مناقشة رجحت القول بوجوبها - وهو - وان لم يكن قول الجمهور • الا انه قول جمع غير قليل من الفقهاء •

ثم ذكرت اركانها فعرفت الركن والشرط - ثم ذكرت الموصى وما يشترط فيه • وبينت آراء الفقهاء فى التكليف • وذكرت حكم وصية المحجور عليه • وبينت آراء الفقهاء فى جواز الحجر وعدم جوازه ثم بينت آراء الفقهاء فى وصية المرتد • ثم ذكرت الموصى له وما يشترط فيه من شروط • واستدعى ذلك بيان حكم الوصية للحربى - والقاتل - والوارث: - وحكم الوصية بما زاد عن الثلث •

ثم ذكرت الوقت الذى يكون فيه الرد والاجازة من الورثة • ثم ذكرت الموصى به وشروطه وبينت حكم الوصية بجميع المال اذا لم يكن للموصى وارث خاص •

ثم ذكرت بعد ذلك طرق انشاء الوصية - ثم ذكرت حكم الاشهاد عليها • واستدعى المقام الكلام عن القبول ومكانته بالنسبة لصحة الوصية او لزومها • ومتى يكون القبول شرطا • وبينت وقت القبول والرد واحوال هذا الرد والقبول - وجواز انتقال حق القبول والرد للورثة ثم ذكرت الوقت التى تثبت فيه ملكية الموصى به للموصى • مع تحرير محل النزاع • وذكر أقوال الفقهاء وادلتها والترجيح ثم ذكرت الوصية الواجبة وبينت الاساس الفقهى الذى بنت عليه - والوجوه التى خالفت فيهما مدلول الاية • ومدلول المذهب الذى بنيت عليه - والشروط الواجب توافرها فى الموصى - والموصى له •

واخيرا بينت الامور التى تطرأ على الوصية فتبطلها •

(١١) ثم انتقل الكلام الى الفصل الرابع ، وهو الميراث .

وبعد تعريفه — وذكر لمحة تاريخية موجزة عنه تكلمت عن اسبابه وشروطه وموانعه واثناء الكلام على الشرط الاول — وهو تحقق موت المورث تكلمت عن المرتد ومصير أمواله والمفقود وحكم الجنين — واثناء الكلام على الشرط الثانى — وهو تحقق حياة الوارث ، تكلمت عن الغرقى والهدمى وعن ميراث الحمل — وعندما حان الكلام على الموانع تناولت — الكلام عن القتل ، ومذاهب العلماء فيه ، وبينت ما هو القتل المانع عند المذاهب المختلفة ثم تكلمت عن اختلاف الدين وحكم التوارث بين المسلم والكافر وبين الكفار بعضهم من بعض .

ثم تكلمت عن التركة — والحقوق المتعلقة بها — ووقت تعلق الميراث بالتركة ، ثم تكلمت عن اثر الدين على الميراث — ثم اتبعت ذلك بالكلام على الحجب — والعول — والرد — وميراث ذوى الارحام — ومذاهب الفقهاء فى توريثهم ، وكيفية توريثهم .

(١٢) واخيرا تكلمت فى الخاتمة : عن ملكية المعادن والدفائن ، فى كل من الملك العام — والخاص والحصة الشرعية الواجبة فى كل ، ثم ختمتها بهذه النتيجة .

هذلك ارجو من الله ان اكون قد وفقت لما قصدت اليه ، فان كان ذلك فمن الله — وان كانت الاخرى فالكمال لله وحده .

وهو خير معين — وهو حسبنا ونعم الوكيل .

أهم المراجع التى ذكرت بالرسالة

مسلسل	اسم الكتاب واسم مؤلفه	المطبعة والطبعة
	أولا : من كتب الفقه الحنفى :	
١	بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى المتوفى سنة ٥٧٨ هـ	الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧هـ
٢	المبسوط لشمس الدين السرخسى	مطبعة السعادة سنة ١٣٢٤هـ
٣	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى	الطبعة الاولى سنة ١٣١٣هـ
٤	فتح القدير للكمال بن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ	مطبعة مصطفى محمد
٥	نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار لقاضى زاده وهو تكملة لفتح القدير .	مطبعة مصطفى محمد
٦	حاشية ابن عابدين المسماه رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار .	
٧	الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ	مطبعة مصطفى البابى الحلبى
	ثانيا : من كتب الفقه المالكى :	
٨	المدونة الكبرى لامام دار الهجرة الامام مالك ابن أنس ، رواية سحنون بن سعيد التنوخى - عن الامام مالك .	الطبعة الاولى مطبعة السعادة سنة ١٣٢٣هـ
٩	حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمحمد ابن عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لابى البركات سيدى احمد الدردير .	دار احياء الكتاب العربى
١٠	شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل للشيخ عليش ، وبهامشه حاشيته المسماه تسهيل منح الجليل	
١١	فتح الجليل على مختصر العلامة خليل للشيخ محمد ابن عبد الله الخرشى	المطبعة الاميرية طبعة ثانية
١٢	مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب المتوفى سنة ٩٥٤	مطبعة دار السعادة طبعة أولى

١٣	المقدمات الممهدات لمحمد بن احمد بن رشد القرطبي	مطبعة دار السعادة سنة ١٣٢٥ هـ
١٤	الفروق للقرافي	مطبعة دار احياء الكتب العربية طبعة أولى سنة ١٣٤٦هـ
١٥	ادرار الشروق على أنواء الفروق	بهامش الفروق نفس الطبعة .
١٦	تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد على بن المرحوم الشيخ حسين مفتى المالكية	بهامش الفروق ايضا
	ثالثا : من كتب الفقه الشافعي :	
١٧	الأم للأمام الشافعي	طبعة دار الشعب
١٨	مختصر المزنى بهامش كتاب الأم	طبعة دار الشعب
١٩	الحاوى الكبير للماوردى في ٢٤ مجلدا مخطوط بدار الكتب المصرية	مخطوط بدار الكتب تحت رقم ٨٢
٢٠	المهذب - أبو اسحاق الشيرازى	مطبعة الحلبى بالقاهرة
٢١	الشرقاوى - على التحرير - الشيخ عبد الله الشرقاوى	مطبعة الحلبى
٢٢	حاشية البرماوى على شرح الغاية - الشيخ ابراهيم البرماوى	المطبعة الازهرية سنة ١٣١٩ هـ
٢٣	حاشية الباجورى على ابن قاسم للشيخ ابراهيم الباجورى .	مطبعة بولاق
٢٤	المجموع - شرح المهذب - للشيخ محى الدين ابن شرف النووى	ادارة الطباعة المنيرية
٢٥	قليوبى وعميرة - حاشيتا الامامين شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى	مطبعة مصطفى محمد
٢٦	مغنى المحتاج - الى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشربينى الخطيب	مطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٥٢ هـ
٢٧	حاشية البيجرمى على شرح الخطيب للشيخ سليمان البيجرمى	مطبعة مصطفى البابى الحلبى

	رابعا - من كتب الفقه الحنبلي :	
٢٨	المغني - لموفق الدين ابن قدامة على مختصر الامام ابى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي	مطبعة المنار طبعة اولى سنة ١٣٤٥هـ
٢٩	الشرح الكبير - على متن المقنع - تأليف محمد بن احمد ابن قدامة المقدسي .	بهامش المغني
٣٠	كشاف القناع - عن متن الاقناع لابن ادريس البهوتي - مراجعة وتعليق هلال مصلحي مصطفى	مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٧٠هـ الطبعة الاخيرة
٣١	الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل تأليف ابي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي - تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي	المطبعة المصرية بالأزهر
	خامسا - من كتب الفقه المقارن	
٣٢	بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن احمد بن رشد القرطبي	مطبعة المعاهد سنة ١٣٥٣هـ
٣٣	الميزان الكبرى للشعراني	مطبعة البابي الحلبي سنة ١٣٥٨ هـ
٣٤	المحلى لابن حزم	طبع منير الدمشقي طبعة أولى
	سادسا - من كتب التفسير :	
٣٥	الجامع لأحكام القرآن للقرطبي	دار الشعب ودار الكتب
٣٦	أحكام القرآن لابن العربي	مطبعة دار السعادة الطبعة الاولى
٣٧	أحكام القرآن لحجة الاسلام الجصاص	المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٧ هـ ومخطوط بمكتبة الأزهر
٣٨	روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني محمود الالوسي البغدادي .	طبعة أولى
٣٩	حاشية العلامة احمد الصاوي المالكي على تفسير الجلالين	
٤٠	تفسير بن جرير الطبري للامام محمد بن جرير	المطبعة الميمنية بمصر
٤١	تفسير القرآن الجليل المسمى مدارك التنزيل وحقائق التأويل - محمود النسفي	المطبعة الحسينية المصرية

٤٢	تفسير القرآن العظيم لابن كثير المتوفى سنة ٧٧٤هـ	سنة ١٣٦٧ هـ
٤٣	القرآن الكريم ومعه صفوة البيان لمعانى القرآن للشيخ حسنين محمد مخلوف	دار الكتاب العربى
٤٤	المصحف المفسر - محمد فريد وجدى	دار الشعب
	سابعا - من كتب الحديث	
٤٥	صحيح البخارى لابى عبد الله محمد بن اسماعيل - البخارى	مطابع دار الشعب
٤٦	فتح البارى بشرح صحيح الامام ابى عبد الله محمد ابن اسماعيل البخارى لابن حجر العسقلانى	المطبعة الخيرية طبعة اولى ١٣١٩هـ
٤٧	صحيح مسلم بشرح النووى	المطبعة المصرية
٤٨	نيل الاوطار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى	المطبعة العثمانية
٤٩	سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الاحكام للصنعانى	الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ م
٥٠	كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال للمتقى الهندى	دار المعارف بالهند
	ثامنا - من كتب أصول الفقه :	
٥١	المستصفى من علم الأصول للامام حجة الاسلام ابى حامد الغزالى .	الطبعة الاولى
٥٢	فواتح الرحموت للعلامة عبد العلى محمد بن نظام الدين بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الله ابن عبد الشكور	المطبعة الاميرية طبعة اولى سنة ١٣٢٢ هـ
٥٣	شرح البدخشى ومنهج العقول للبدخشى ومعه شرح الاسنوى نهاية السول كلاهما شرح منهاج الوصول للقاضى البيضاوى .	
٥٤	التقرير والتحبير شرح العلامة ابن امير الحاج - على تحرير الكمال بن الهمام - الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية	المطبعة الاميرية الكبرى طبعة اولى سنة ١٣١٦هـ
٥٥	مختصر المنتهى - حاشية العلامة التفتازانى وحاشية المحقق الجرجانى على شرح القاضى عضد الملة - لمختصر المنتهى لابن الحاجب	المطبعة الاميرية الكبرى الطبعة أولى .

	تاسعا ـ من كتب التاريخ الاسلامى :	
٥٦	التاريخ الكبير لابن عساكر ف	مطبعة روضة الشام
٥٧	فتوح البلدان للبلاذرى	الطبعة الاولى
٥٨	النجوم الزاهرة فى ملوك مصر والقاهرة لابى المحاسن يوسف بن تغرى بردى	طبعة دار الكتب سنة ١٩٢٩ م
٥٩	الخطط المقريزية المسماه بالمواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار	مطبعة الساحل الجنوب لبنان
٦٠	حياة محمد للدكتور محمد حسين هيكل	دار الكتب طبعة اولى
٦١	الفاروق عمر للدكتور محمد حسين هيكل	طبعة ثانية
٦٢	الصديق للدكتور محمد حسين هيكل	طبعة ثانية
٦٣	امتاع الاسماع للمقريزى	دار الكتب
٦٤	فقه السيرة للشيخ محمد الغزالى السقا	دار الكتاب العربى
	عاشرا : كتب لها صلة وثيقة بالموضوع :	
٦٥	زاد المعاد لابن قيم الجوزيه	طبعة ثانية سنة ١٩٥٠م
٦٦	اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ هـ	مطبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧هـ
٦٧	الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزيه	
٦٨	التحفه المرضية فى الاراضى المصرية لابن نجيم المصرى	طبعة دار الطباعة
٦٩	الاحكام السلطانية للماوردى	مطبعة مصطفى البابى الحلبى طبعة اولى
٧٠	الاحكام السلطانية للقاضى ابى يعلى	مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى
٧١	السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية	الطبعة الثانية
٧٢	اختلاف الفقهاء للامام محمد بن جرير الطبرى	
٧٣	حجة الله البالغة لشاه ولى الله الدهلوى	المطبعة الاميرية
٧٤	الفقه الاسلامى الدكتور محمد يوسف موسى	دار الكتاب العربى
٧٥	الفقه الاسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور	مطبعة الفجالة الجديدة
٧٦	التكافل الاجتماعى فى القرآن للشيخ أبو زهرة	الدار القومية للطباعة
٧٧	الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للشيخ أبو زهـــرة	مطبعة فتح الله الياس بمصر طبعة اولى

٧٨	فى المجتمع الاسلامى للشيخ محمد أبو زهرة	دار الفكر العربى
٧٩	الوصايا فى الفقه الاسلامى محمد سلام مدكور	دار الكتاب العربى ط أولى
٨٠	أحكام الوصية بحوث مقارنة للشيخ على الخفيف	معهد الدراسات العربية
٨١	الملكية فى الشريعة الاسلامية ومقارنتها بالقوانين الوضعية للشيخ على الخفيف	معهد الدراسات العربية
٨٢	الفقه على المذاهب الاربعة ـ المعاملات ـ عبد الرحمن الجزيرى	مطبعة الارشاد طبعة اولى سنة ١٣٥٤هـ
٨٣	نظام المواريث فى الشريعة الاسلامية للشيخ عبد ال عبد العظيم جودة فياض	مطابع دار الكتاب العربى طبعة ثانية
٨٤	محاضرات فى الميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى	طبعة اولى
٨٥	محاضرات فى الوقف للشيخ محمد أو زهرة	نشر معهد الدراسات العربية مطبعة مخيمر
٨٦	موجز فى الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية للاستاذ محمد سلام مدكور	مطبعة الفجالة
٨٧	المدخل فى الفقه الاسلامى وقواعد الملكية للشيخ محمد مصطفى شلبى	مطبعة دار التأليف
٨٨	المدخل الفقهى العام الى الحقوق المدنية للاستاذ مصطفى احمد الزرقا	مطبعة الجامعة السورية
٨٩	حكم الشريعة فى الوقف الخيرى والاهلى بيان من العلماء صدر سنة ١٣٤٦ هـ	المطبعة السلفية
٩٠	مسألة ملكية الارض فى الاسلام للاستاذ ابى الاعلى المودودى	المطبعة التعاونية
٩١	ملكية الافراد للارض ومنافعها فى الاسلام للشيخ محمد على السايس	كتاب المجمع الاول للبحوث الاسلامية محاضرة ألقيت فى مارس ١٩٦٤ بالمؤتمر الاول للمجمع
٩٢	الملكية الخاصة وحدودها فى الاسلام للدكتور محمد عبد الله العربى	محاضرة ألقيت بالمؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ١٩٦٤م
٩٣	الملكية الفردية وتحديدها فى الاسلام للشيخ على الخفيف	محاضرة ألقيت بالمؤتمر الاول ١٩٦٤م لمجمع البحوث الاسلامية

٩٤	الوصية فى الشريعة الاسلامية للشيخ عيسوى احمد عيسوى	مطبعة دار التأليف طبعة ثانية ١٩٥٦م
٩٥	اقتصادنا محمد باقر الصدر	مطبعة دار الفكر
٩٦	الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الاسلامى رسالة دكتوراه محمد فاروق النبهانى	دار الفكر للطباعة والنشر
٩٧	حق الملكية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة	مطبعة مصطفى البابى الحلبى طبعة ثانية
٩٨	أسباب كسب الملكية ، محاضرات فى القانون المدنى عبد المنعم فرج الصده	معهد الدراسات العربية العالية
٩٩	الملكية العقارية في مصر وتطورها التاريخى من عهد الفراعنة حتى الآن لمحمد كامل مرسى	
١٠٠	الاقطاع – والعصور الوسطى بغرب أوروبا تأليف ج ٠ وكولاند نقله الى العربية محمد مصطفى زياده	مكتبة النهضة المصرية طبعة ثانية ١٩٥٥م
١٠١	حقوق الانسان بين الاسلام والنظم العالمية للاستاذ توفيق وهبة	نشر المجلس الاعلى للشئون الاسلامية
١٠٢	الملكية فى الاسلام بحيث عن الملكية الخاصة فى الاسلام تأليف السيد ابى النصر احمد الحسينى	دار الكتب الحديثة القاهرة
١٠٣	قصة الملكية فى العالم للدكتورين : على عبد الواحد وافى وحسن شحاته سعفان	مكتبة نهضة مصر بالفجالة
١٠٤	بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى للدكتور/ صوفى حسن ابو طالب	مكتبة نهضة مصر بالفجالة
١٠٥	شرح الاحاديث المختارة من صحيح مسلم بن الحجاج للشيخ عبد الحميد الشاذلى	طبعة ثانية
١٠٦	اشتراكية الاسلام للدكتور مصطفى السباعى	سلسلة اخترنا لك طبعة ثانية
١٠٧	التوجيه الاجتماعى فى الاسلام من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الاسلامية	مجمع البحوث الاسلامية سنة ١٩٧١
١٠٨	الاشتراكية والقومية العربية كتاب اصدرته كلية اللغة العربية بجامعة الازهر سنة ١٩٦٨	مطبعة الامانة
١٠٩	الوحى المحمدى – لرشيد رضا	مطبعة المنار
١١٠	الآثار العامة للتأميم – فتحى صبور	الطبعة الاولى ١٩٦٣م٠
١١١	الاستعمار والمذاهب الاستعمارية للدكتور / محمد عوض محمد	دار المعارف بمصر

١١٢	الارض والصنع بين الاقطاع والاشتراكية ـ عبد الصبور مرزوق	سلسلة كتب قومية
	حادى عشر : بعض المخطوطات :	
١١٣	الدرة اليتيمة فى الغنيمة ـ الرسالة ٢٣ ضمن الرسائل الزينية مخطوط	بمكتبة الازهر تحت رقم ٣٥٨٠
١١٤	الرخصة العميمة فى حكم الغنيمة للشيخ الفزارى مخطوط	بمكتبة الازهر تحت رقم ٢٤٣ ب
١١٥	رسالة تتعلق بأحكام الارض الخراجية على مذهب الامام الشافعى مخطوط	بمكتبة الازهر تحت رقم ٢٩٠ مجاميع / ٨٧٩٨ مكتبة الازهر
١١٦	مخطوط ـ رسالة فى وضع اليد للشيخ حسن الحمزاوى المالكية	بمكتبة الازهر تحت رقم ١٤٤١ / ٦٢٢٤١
	ثانى عشر : من كتب اللغة :	
١١٧	القاموس المحيط للفيروزبادى	
١١٨	لسان العرب لابن منظور	
١١٩	المصباح المنير للفيومى	
١٢٠	مختار الصحاح للرازى عنى بترتيبه السيد محمود خاطر .	

الفهــــرس

الموضـــــــوع | رقم الصفحـة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع رقم الصفحة

الموضــــوع	رقم الصفحــة

الموضوع	رقم الصفحة
٤) نصف فدك	١٠٧
٥) ثلث وادى القرى	
النوع الثانى : من الارض التى تكون مملوكة للدولة .... الارض المـوات .	١٠٨
ترجيح هذا الاتجـاه	١٠٩
النوع الثالث : من الارض المملوكة للدولـة .... أرض الصفايا	١١٠
شبهه مدفوعـة	١١٢
المبحث الخامس: العامر من ارض العنوة :............	١١٦
المطلب الاول : الكلام على آيات الغنيمة والفيء واقوال الفقهاء فيها .	
المطلب الثانى : فتح خيبر والملكية التى طبقت .... عليها : اولا حكم فتح خيبر .	١٢٠
ثانيا : نوع الملكيـة التى طبقت على خيبر	١٢٢
وترجيح ان ارضها لم تقسم فى عهد الرسول عليه السلام ..	١٢٥
المطلب الثالث : فتح مكه ونوع الملكية التى طبقت عليها	١٢٧
اراء العلماء فى صفة الفتح :	
اولا : أدلة القائلين بالفتح عنوة .	
ثانيا : ادلة القائلين بان الفتح صلح	١٢٩
المناقشـة :.........................	١٣١
المختـار :.........................	١٣٤
ثانيا : فى الملكية التى طبقت على مكه بعد فتحها - واختلاف الفقهاء فى ذلك المذهب الاول - المذهب الثانى .	
الادلـة : أولا : أدلـة القائلين بانها الملكية العامـة ..	١٣٥
ثانيا : أدلة القائلين بانها الملكية الخاصة	١٣٦
الاختيار: التوفيـق بين الرايين	١٣٧

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضـــوع ــــــ رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة
في شروط الميراث :	
الشرط الاول : تحقق موت المورث ـ الموت الحقيقي	
الموت الحكمي ـ الموت التقديري ..	٤٧١
١) المرتد :	
الاراء في المرتد : الراجح ـ مصير أموال المرتد ..	٤٧٢
آراء الفقهاء في امواله ـ الأدلة	٤٧٣
الترجيح	٤٧٤
تتمة في بيان عدم ارث المرتد من غيره	
٢) المفقود :	
الناحية الاولى : الكلام عليه من ناحية كونه مورثا	٤٧٥
المدة التي يقضي القاضي بعدها باعتباره ميتا .	
الناحية الثانية كونه وارثا :	٤٧٧
آراء الفقهاء . سبب الخلاف .	
الادلة ـ الترجيح	٤٧٨
٣) حكم الجنين في الميراث .	
الادلة والترجيح	٤٨٠
الادلة :	٤٨٢
الترجيح	٤٨٣
ب ـ الكلام على ميراث الحمل اذا تحققت شروطه .	
الناحية الاولى	٤٨٤
الشرط الاول ـ الشرط الثاني .	
أقوال الفقهاء فيما اذا ظهر الحمل وبدت عليه أمارات الحياه	٤٨٥
ثم مات قبل ان ينفصل أكثره ـ	
الراجح :	
الناحية الثانية أقل مدة الحمل واكثره .	
اكثر مدة الحمل ـ	٤٨٦
واقوال الفقهاء فيها .	

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة
الرأى الاول : رأى متقدمى الحنفية .	
الرأى الثانى : للمتأخرين منهم	٥١٢
الترجيح : التعلق الثانى وقته .	
أقوال الفقهاء فى هذا التعلق ـ	٥١٣
الراجح :	
المطلب الثالث : أثر الدين على حق ملكية الوارث .	
للفقهاء فى ذلك قولان .	
القول الاول ـ دليله	٥١٤
القول الثانى ـ دليله	
الراجح	٥١٥
المطلب الرابع : الحجب ـ تعريفه لغة ـ وشرعا	
الفرق بين الحجب ـ والمنع من الميراث	٥١٦
آراء الفقهاء فى ذلك . والرد على من سوى بين المنع والحجب .	
أقسام الحجب ـ	٥١٧
وهو قسمان : حجب حرمان	
حجب نقصان	
قاعدتان تحكمان حجب الحرمان	
القاعدة الاولى .	
القاعدة الثانية	٥١٨
القسم الثانى حجب نقصان .	
المطلب السابع ـ فى الرد ـ والعول	٥١٩
وفيه مطلبات ـ الاول ـ الرد :	
تمهيد يذكر الفروض المقدرة فى كتاب الله وسنة رسوله : صلى الله عليه وسلم .	
المسألة العائلة ـ والعادلة ـ والناقصة	٥٢٠
ومتى يكون العول ـ والرد ـ تعريف الرد لغة ـ وشرعا	

الموضوع | رقم الصفحة

تم بحمد اللـه